

# LA FILIACIÓ DERIVADA DE LES TÈCNIQUES DE REPRODUCCIÓ ASSISTIDA

---

*Una nova classe de filiació?*

M<sup>a</sup> Queralt Vilalta del Olmo

Tutor: Dr. Albert Ruda González

Universitat de Girona, Facultat de Dret, Grau en Dret

Treball de Fi de Grau, Juny 2017

## Resum



La filiació, entesa com l'estat civil que vincula al pare/mare amb els seus fills, ha de ser determinada legalment per a produir plens efectes.

El Codi Civil espanyol recull les regles de determinació de la filiació pròpies de la filiació per naturalesa i la filiació per adopció però no preveu cap norma relativa a les tècniques de reproducció assistida. Per determinar la filiació derivada d'aquestes últimes, la Llei 14/2006, de 26 de maig, sobre tècniques de reproducció humana assistida disposa algunes regles específiques. Tanmateix, per tot allò que no preveu, fa una remissió general a les disposades a les *Lleis civils*, que s'inspiren en la veritat biològica. Això provoca que es produeixin disfuncions en la determinació de la filiació.

El Codi Civil català, per la seva banda, té una regulació pròpia d'aquesta matèria i li dóna un altre tractament jurídic en els casos en què han intervingut les tècniques de reproducció assistida.

L'objectiu d'aquest treball és examinar com es determina extrajudicialment la filiació derivada de les tècniques de reproducció assistida en els diferents supòsits possibles. També dur a terme un anàlisi del règim legal espanyol i català sobre qüestions més controvertides com la fecundació *post mortem* o la doble maternitat.

Paraules clau: *filiació, paternitat, maternitat, TRA, doble maternitat, fecundació post mortem, consentiment, voluntat, veritat biològica.*

## Abstract



Filiation, known as the marital status which links parents with their children, must be determined according to the law in order to produce legal effects.

The Spanish Civil Code includes the traditional rules of both biological and adoptive filiation but does not stipulate any legal standard related to assisted reproduction. With the purpose of stating the determination of filiation derived from assisted reproduction, the Law 14/2006, from 26<sup>th</sup> of May, about assisted human reproduction, includes several specific rules but, for the rest, it refers to the general rules which are decreed at the Civil Code. This causes a dysfunctional set of rules when considering that cases, since the Civil Code is inspired by the called *biological truth*.

The Catalan Civil Code, for its part, has its own regulation about this subject and confers a different legal treatment in cases where assisted reproductive techniques have played a distinctive role.

The main aim of this work is to examine how filiation can be extrajudicially determined when conception was achieved due to assisted reproduction. It will be of interest the study of the Spanish and Catalan legal framework for more controversial issues such as *post-mortem* reproduction or double motherhood.

Keywords: *filiation, parenthood, motherhood, ART, double motherhood, post-mortem reproduction, consent, will, biological truth.*

# Índex

<b>I. ABREVIATURES.....</b>	<b>5</b>
<b>II. INTRODUCCIÓ.....</b>	<b>8</b>
1. Plantejament de la qüestió .....	8
2. Objectius.....	9
3. Metodologia.....	10
4. Estructura.....	10
<b>III. LES TÈCNIQUES DE REPRODUCCIÓ ASSISTIDA.....</b>	<b>12</b>
1. Concepte .....	12
2. Tipologia .....	12
1.1. Inseminació artificial amb semen de la parella (IAP) o de donant (IAD) .....	13
1.2. Fecundació in Vitro i Transferència Embrionària (FIVTE).....	13
<b>IV. LA TRANSFORMACIÓ DEL RÈGIM DE FILIACIÓ .....</b>	<b>14</b>
1. Concepte i efectes del dret de filiació .....	14
2. Evolució legislativa en connexió amb les TRA .....	16
2.1. De l'omissió de les TRA en el Codi Civil espanyol al Codi Civil Català .....	16
2.2. Antecedents de la Llei 14/2006, de 26 de maig, sobre TRHA i les seves reformes .....	22
<b>V. DETERMINACIÓ DE LA FILIACIÓ DERIVADA DE LES TRA .....</b>	<b>24</b>
1. Constitució i determinació de la filiació.....	24
2. El consentiment com a element vertebrador de la filiació derivada de TRA .....	26
2.1. El consentiment de la dona usuària o receptora de les TRA.....	28
2.2. El consentiment del cònjuge de la usuària.....	29
2.3. El consentiment de la parella no casada de la usuària.....	30
3. Determinació extrajudicial de la filiació.....	31
3.1. Fecundació homòloga .....	32
3.1.1. Fecundació homòloga matrimonial.....	32
3.1.1.1. Matrimoni heterosexual .....	32
3.1.1.2. Matrimoni format per dues dones .....	40
3.1.1.3. Fecundació <i>post mortem</i> a la LTRHA i al CCCat .....	40
3.1.2. Fecundació homòloga no matrimonial.....	46
3.1.2.1. Parella heterosexual no casada.....	47

3.1.2.2.	Parella no casada formada per dues dones .....	58
3.1.2.3.	Fecundació <i>post mortem</i> a la LTRHA i al CCCat .....	58
<b>3.2.</b>	<b><i>Fecundació heteròloga</i> .....</b>	<b>59</b>
3.2.1.	Fecundació heteròloga matrimonial.....	59
3.2.1.1.	Matrimoni heterosexual .....	59
3.2.1.2.	Matrimoni format per dues dones .....	66
3.2.2.	Fecundació heteròloga no matrimonial.....	81
3.2.2.1.	Parella heterosexual no casada.....	81
3.2.2.2.	Parella no casada formada per dues dones.....	90
<b>VI.</b>	<b>CONCLUSIONS.....</b>	<b>102</b>
<b>IV.</b>	<b>ÍNDEX DE LEGISLACIÓ.....</b>	<b>106</b>
<b>V.</b>	<b>TAULES DE JURISPRUDÈNCIA I RESOLUCIONS.....</b>	<b>108</b>
<b>VI.</b>	<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>113</b>
<b>VII.</b>	<b>ANNEXOS.....</b>	<b>121</b>

## **I. ABREVIATURES**

AP / AAPP	Audiència Provincial / Audiències Provincials
Art.	article
BOCG	Butlletí Oficial de les Corts Generals
BOE	Butlletí Oficial de l'Estat
CAHBI	Comitè “ <i>ad hoc</i> ” d'experts en el progrés de les ciències biomèdiques
c.	contra
cfr.	consulteu
Cap.	capítol
CCCat	Codi Civil de Catalunya
CCAA	Comunitats Autònomes
CCE	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil («BOE» núm. 206, de 25.07.1889). Última actualització de 06.10.2015
CCE de 1889	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil («BOE» núm. 206, de 25/07/1889). Text original publicat el 25.07.1989
CE	Constitució Espanyola («BOE» núm. 311, de 29/12/1978)
CEDH	Conveni Europeu de Drets Humans de 1948
CF	Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de família («DOGC» núm. 2687, de 23.07.1998)
CGPJ	Consell General del Poder Judicial
CNRHA	Comissió Nacional de Reproducció Humana Assistida
CORA	Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («BOE» núm. 281, de 24.11.1995)
DA / DDAA	Disposició Addicional / Disposicions Addicionals
DD	Disposició Derogatòria
DF / DDFF	Disposició Final / Disposicions Finals
DGRN	Direcció General dels Registres i del Notariat
Dir. / Dirs.	Director / Directors
DNI	Document Nacional d'Identitat
DOGC	Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya
DT	Disposició Transitòria
DUDH	Declaració Universal dels Drets Humans de 1948
EM	Exposició de Motius

et.al.	i altres
FIV / FIVTE	Fecundació “in vitro” / Fecundació “in vitro” amb transferència embrionària
IA	Inseminació Artificial
IAC	Inseminació Artificial del Cònjuge
IAD	Inseminació Artificial de Donant
IAP	Inseminació Artificial de la Parella
Ibídem	Igual que la referència anterior
JPI	Jutjat de Primera Instància
JV	Jurisdicció Voluntària
LEC	Llei 1/2000, de 7 de gener, d'Enjudiciament Civil («BOE» núm. 7, de 08.01.2000)
Llei 3/2007	Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas («BOE» núm. 65, de 16.03.2007)
Llei 13/2005	Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio («BOE» núm. 157, de 02.07.2005)
Llei 19/2015	Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil («BOE» núm. 167, de 14.07.2015)
Llei 21/2000	Llei 21/2000, de 29 de desembre, sobre els drets d'informació concernent la salut i l'autonomia del pacient, i la documentació clínica («DOGC» núm. 3303, de 11.01.2001)
Llei 25/2010	Llei 25/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família («DOGC» núm. 5686, de 05.08.2010)
Llei 41/2002	Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica («BOE» núm. 274, de 15.11.2002)
LO 1/1996	Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil («BOE» núm. 15, de 17.01.1996)
LRC de 1957	Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil («BOE» núm. 151, de 10.06.1957)
LRC	Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil («BOE» núm. 175, de 22.07.2011)

LTRA de 1988	Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida («BOE» núm. 282, de 24.11.1988)
LTRHA	Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida («BOE» núm. 126, de 27.05.2006)
MF	Ministeri Fiscal
OMS	Organització Mundial de la Salut
ONU	Organització de les Nacions Unides
op. cit.	<i>Opere citato</i> , obra citada
p. / pp.	pàgina / pàgines
p.e.	per exemple
PIDESC	Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals de 1966
RAE	Real Academia Española
RD	Real Decret
RD 413/1996	Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida («BOE» núm. 72, de 23.03.1996)
RDGRN	Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat
ROPA	Recepció d'Ovòcits de la Parella
RRC	Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil («BOE» núm. 296, de 11.12.1958)
SAP	Sentència de l'Audiència Provincial
SAPB	Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona
Sec.	secció
SEF	Sociedad Española de Fertilidad
ss.	següents
STC	Sentència del Tribunal Constitucional
STS	Sentència del Tribunal Suprem
TC	Tribunal Constitucional
TRA	Tècniques de Reproducció Assistida
TS	Tribunal Suprem
TSJ	Tribunal Superior de Justícia
TSJC	Tribunal Superior de Justícia de Catalunya
Vid.	vegeu
VV.AA.	varis autors

## II. INTRODUCCIÓ

La medicina reproductiva ha estat un dels àmbits en els quals els nous avenços científics i tecnològics han tingut gran repercussió. L'aparició de les tècniques de reproducció humana assistida se situa a la dècada dels 70, essent que el 1978 va néixer el primer nadó concebut “in vitro” a Oldham (Anglaterra)<sup>1</sup>. La finalitat d'aquestes, alternatives a la procreació natural, és facilitar la descendència, bé quan s'incorre en causes d'infertilitat o bé per mer desig<sup>2</sup>.

Per citar dades objectives, i segons detalla l'Informe estadístic de Tècniques de Reproducció Assistida - d'ara endavant TRA - del Registre Nacional d'Activitat de 2014 de la SEF<sup>3</sup>, aquell any el nombre de parts fruit de les tècniques va ésser de 28.669, naixent un total de 33.934 nadons<sup>4</sup>. A Catalunya, la última estadística publicada pel Departament de Salut de la Generalitat és de 2013, on hi consta que el nombre total de nascuts a través de les TRA és de 7.262 nadons<sup>5</sup>.

### 1. Plantejament de la qüestió

Espanya va ésser un dels primers països que va aprovar una Llei relativa a les TRA l'any 1988. No obstant això, actualment es regula per la Llei 14/2006, de 26 de maig, sobre Tècniques de Reproducció Humana Assistida (d'ara endavant LTRHA), la qual no ha estat exempta de crítiques tant des d'un punt de vista moral com jurídic. El treball se centrarà en aquest darrer aspecte, i en concret, en quin és el règim de filiació aplicable quan s'ha fet ús de les tècniques.

Abans dels avenços científics la única possibilitat de procrear sense necessitat d'acudir a l'adopció era el contacte sexual. Com és ben sabut, en la procreació natural, aquell qui deixa embarassada a la dona es correspon necessàriament amb el qui ha aportat el material genètic, així com també la dona que gesta el nadó en el seu ventre ho fa sempre amb els seus propis òvuls. Amb tot, l'element biològic (gestació) necessàriament comprèn el genètic (material reproductor). Per contra, les TRA han permès

---

<sup>1</sup> Anomenat Louise Brown. Vid. STEPTOE, P.C. / EDWARDS, R.G., “Birth after the reimplantation of a human embryo”, *The Lancet*. Vol. 312, Issue 8085, 1978, p.366. Per a un anàlisi detallat de la qüestió: ALKORTA IDIAKEZ, I. *Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho Español y Comparado*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2003, p. 30 i ss.

<sup>2</sup> La vigent Llei 14/2006, de 26 de maig, sobre Tècniques de Reproducció Humana Assistida («BOE» núm. 126, de 27.05.2006), en la seva EM explica que al regular la utilització i aplicació de les tècniques de reproducció assistida no només s'ha tingut en compte la seva vessant de solució dels problemes d'esterilitat.

<sup>3</sup> És l'únic registre oficial de TRA del Ministeri de Sanitat, Serveis Socials i Igualtat (MSSSI) publicat a la web de la SEF (<https://www.registrosef.com/index.aspx?ReturnUrl=%2f#Anteriores>; última visita: 01.05.2017). És un registre que aglutina la participació de tots els centres que practiquen aquestes tècniques. La seva creació és obligatòria d'acord amb l'art. 22 de la LTRHA i, per al seu compliment, el 2008 3l MSSSI va subscriure un contracte amb la SEF ( vid. <http://www.cnrha.msssi.gob.es/registros/actividades.htm>; última visita: 01.05.2017).

<sup>4</sup> MSSSI. Gabinete de Prensa. Nota de prensa de 8 de noviembre de 2016. “España, a la cabeza de Europa en tratamientos de reproducción asistida, con 156.865 ciclos en un año”. Versió digital: <https://www.msssi.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?id=4033>; última visita: 01.05.2017.

<sup>5</sup> FIVCAT.NET: estadística de la reproducció humana assistida a Catalunya, 2013. Barcelona: Direcció General de Planificació i Recerca en Salut; 2016. Versió digital: <http://hdl.handle.net/11351/1857>; última visita: 01.05.2017.



que el material genètic provingui de tercers donants. En conseqüència, quan es fa ús d'aquestes, l'element biològic no necessàriament comprèn el genètic, ni el genètic comprèn el biològic<sup>6</sup>.

Amb la legalització de l'ús de les TRA no es va introduir un nou règim de filiació que s'ajustés a les particularitats d'aquesta forma de procrear, en què sembla que la voluntat assumeix un paper primordial. Per contra, a la LTRHA es van fixar comptades excepcionalitats i es va decidir fer una remissió general a les regles que ja regulaven tal matèria a les *Lleis civils*. La impressió és que el legislador espanyol va evitar, per la raó que fos, abordar tots els problemes que tocaven a la porta quan s'unien ciència i filiació. Tanmateix això en cap moment ha eliminat la necessitat que, quan un nadó es concep de forma artificial, la seva filiació quedi legalment determinada i pugui inscriure's al RC per poder desplegar tots els seus efectes.

Aquest plantejament condueix a l'interrogant que encapçala el present treball: com es conjuguen les regles de filiació tradicionals, dissenyades en torn el principi de veritat biològica<sup>7</sup>, amb les especialitats que ha introduït la LTRHA i quin és el resultat d'aquesta combinació per la qual ha optat el legislador?

Com és ben sabut, i ja apuntava la STS núm. 320/2011 de 12.05.2011<sup>8</sup>, el sistema familiar actual és plural i comprèn tant a les unions matrimonials com a les de parella estable, independentment que incloguin persones de diferent sexe (heterosexuals) o de sexe coincident (homosexuals). Aquesta heterogeneïtat també es recull a l'art. 231-1 CCCat. Per consegüent, serà interessant veure quines possibilitats ofereixen les TRA a les parelles del mateix sexe i com és possible determinar la filiació dels nascuts fruit de projectes parentals empresos en el sí d'aquestes.

S'ha exclòs de la gestació per substitució, que no serà objecte d'estudi en el treball, al ser una pràctica nul·la de ple dret en el nostre ordenament jurídic. A banda de ser mereixedora d'un estudi detallat autònom, per les qüestions morals que comporta, s'ha optat per focalitzar l'atenció en el tractament de la doble maternitat des d'un punt de vist civilista en el nostre ordenament jurídic.

## **2. Objectius**

Partint de les inquietuds fins aquí exposades, els objectius que es persegueixen es poden sintetitzar en tres punts:

---

<sup>6</sup> LAMM, E., "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida", *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 24, 2012, p. 5. Posa com a exemple, en el primer cas (biològic i no genètic), el d'una dona que recorre a la donació d'òvuls i, en el segon cas (genètic però no biològic), el que una persona aporti únicament el material genètic, per exemple, la donació de semen.

<sup>7</sup> La regulació prevista en el CCE està dissenyada per tal que la veritat biològica (pares biològics<sup>7</sup>) i la determinació jurídica de la filiació (pares jurídics) coincideixin. D'ara endavant es farà referència al principi de veritat biològica entès com l'aportació del gàmeta del progenitor i la gestació de la mare; no obstant això, és interessant veure com certs autors distingeixen que, en la regulació del CCE la paternitat es funda en la veritat genètica (aportació del gàmeta) mentre que la maternitat es basa en la veritat biològica (la gestació, i no l'aportació del gàmeta). BERCOVITZ Y RODRIGUEZ-CANO., "La filiación inducida y las clasificaciones legales", Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, Vitoria a VV.AA. *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, p. 120-121.

<sup>8</sup> STS, 1ª, 12.05.2011 (RJ 2011/3280; MP: Roca Trias, E.).

- Conèixer quina és la normativa aplicable i les solucions que preveu per tal que la filiació quedi determinada en els casos en què la concepció s'ha produït a través de les TRA per tal de concloure si el legislador ha estat o no encertat.
- Tenir una base suficientment sòlida per considerar si ens trobem davant d'una nova classe de filiació, nascuda amb la legalització de les TRA, i si el consentiment constitueix un nou títol de determinació de la filiació.
- Fer un anàlisi detallat del règim de la doble maternitat previst tant a la LTRHA com al CCCat.

### **3. Metodologia**

El mètode que s'emprarà és descriptiu, sistemàtic i crític: mitjançant l'exegesi dels preceptes legals corresponents es farà un anàlisi de la crítica doctrinal així com també de la jurisprudència dictada sobre aquest particular. El paper de la jurisprudència - tant del TS com de les AAPP - i de les resolucions de la DGRN és fonamental per detectar quins són els problemes associats a la determinació de la filiació que plantegen més controvèrsia, molt especialment la doble maternitat, en què els pronunciaments han estat recents.

### **4. Estructura**

El cos del treball es divideix en tres grans apartats. El primer d'ells se centra en la qüestió més tècnica i no tant jurídica que representen les TRA i s'ha inclòs perquè és un escenari sense la comprensió del qual la qüestió jurídica pot resultar difícilment abordable i comprensible pel lector.

El segon pretén aglutinar breus consideracions respecte el concepte jurídic de filiació per posteriorment constatar la transformació que han patit els principis que fonamenten el seu marc legal. Finalment, el tercer entra als fons de la qüestió: l'anàlisi de la determinació extrajudicial de la filiació. S'inicia amb una breu explicació de què significa la determinació de la filiació, amb la intenció de justificar la raó per la qual en el present treball només s'analitza la determinació extrajudicial – que no la judicial – de la paternitat i la maternitat. El subapartat que segueix es dedica exclusivament al consentiment, donat que la LTRHA l'introdueix com a requisit en molt dels seus preceptes però en tots ells amb un abast i finalitats diferents. Per acabar, pel què fa pròpiament a la determinació extrajudicial, el seu examen es desglossa en dues seccions: d'una banda, la fecundació homòloga i, de l'altra, la fecundació heteròloga.

Aquesta divisió obeeix a diferenciar segons si el nadó s'ha concebut a partir d'una fecundació amb material propi dels qui recorren a les TRA – en aquest cas s'estaria a la fecundació homòloga- o si, per contra, ha estat a partir de material donat - fecundació heteròloga -. Dins de cadascuna d'aquestes s'analitza tant la filiació matrimonial com la no matrimonial, per les diferències substantives que presenta la determinació per una o altra via. A la vegada, tant la matrimonial com la no matrimonial inclouen els supòsits d'unions heterosexuals o de persones del mateix sexe; és a dir, la doble

maternitat. Tanmateix, si bé la fecundació homòloga és possible tant *inter vivos* com *post mortem*, aquesta possibilitat no es dóna en la fecundació heteròloga, que només pot ser *inter vivos*. D'aquí que no es contempli la fecundació *post mortem* en l'apartat 3.2.

Sense més, les següents pàgines aborden una realitat social lluny d'estar resolta. Precisament per trobar-se en constant evolució s'està en l'esperança que el dret l'hagi regulat de la manera més senzilla possible, facilitant les coses a la pràctica.

### III. LES TÈCNIQUES DE REPRODUCCIÓ ASSISTIDA

#### 1. Concepte

Si s'atén al significat contingut al Diccionari de la RAE, la reproducció assistida és el conjunt de tècniques mèdiques que afavoreixen la fecundació en cas d'impediments fisiològics de l'home o de la dona. D'acord amb el *Glossari de terminologia en TRA*<sup>9</sup> aquestes són “*tots els tractaments o procediments que inclouen la manipulació tant d'òocits<sup>10</sup> com d'espermatozoides o embrions humans per a l'establiment d'un embaràs. Això inclou, però no està limitat només, a la fecundació in vitro i la transferència d'embrions, la transferència intratubàrica de gàmetes, zigots o embrions, la criopreservació d'òocits i embrions, la donació d'òocits i embrions i l'úter subrogat. TRA no inclou inseminació assistida (artificial) utilitzant espermatozoides ni de la parella ni d'un donant*”. D'acord amb aquesta cita, la inseminació artificial no seria considerada científicament una TRA; no obstant això, d'acord amb una interpretació extensiva, les TRA poden ser considerades com totes aquelles que substitueixen una o diverses fases del procés de reproducció, iniciat ordinàriament mitjançant relacions sexuals<sup>11</sup>.

En conclusió, la reproducció assistida és el conjunt de tècniques que substitueixen el procés natural.

#### 2. Tipologia

La LTRHA, en el seu art. 2.1, estableix que les TRA que reuneixen les condicions *d'acreditació científica i clínica* – és a dir, aquelles que segons l'estat de la ciència i la pràctica clínica poden realitzar-se actualment – són les esmentades a l'únic annex adjunt a la llei<sup>12</sup>. Conseqüentment, i com segueix l'art. 2.2 LTRHA, per l'aplicació d'una tècnica diferent a les citades seria necessària, previ informe favorable de la CNRHA<sup>13</sup>, una autorització de l'autoritat sanitària corresponent per la qual es permetés la seva pràctica de forma eventual i tutelada com a tècnica experimental.

Si s'observa el referit annex inclou tres tècniques: a) *La inseminació artificial*; b) *La Fecundació in Vitro i injecció intracitoplasmàtica d'espermatozoides amb gàmetes propis o de donant i amb transferència de preembrion*; i c) *La transferència intratubària de gàmetes*.

---

<sup>9</sup> Vid. Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida. Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), 2010. Versió digital: [http://www.cnrha.msssi.gob.es/bioetica/pdf/Tecnicas\\_Reproduccion\\_Assistida\\_TRA.pdf](http://www.cnrha.msssi.gob.es/bioetica/pdf/Tecnicas_Reproduccion_Assistida_TRA.pdf); última visita: 12.01.2017.

<sup>10</sup> Òocit, o també ovòcit, és la cèl·lula reproductora femenina que forma l'ovari. El funcionament de l'ovari és cíclic i cada 28 dies es produeix la maduració d'un òocit.

<sup>11</sup> HAVINS, Weldon E. / DALESSIO, James J., “The ever-widening gap between the science of artificial reproductive technology and the laws which govern that technology”, 48 *DePaul L. Rev.* 825, 1999, pp. 833-834.

<sup>12</sup> L'art. 2 de la LTRHA, en el seu 3<sup>er</sup> apartat estableix que serà el Govern el que, mitjançant RD i, havent obtingut prèviament un informe de la CNRHA, podrà adaptar l'annex incloent-hi aquelles tècniques acreditades científica i clínicament.

<sup>13</sup> Creada pel RD 415/1997, de 21 de març, pel que es crea la CNRHA (per mandat de l'art. 21.1 de la LTRA de 1988), derogat pel RD 42/2010, de 15 de gener, pel que es regula la CNRHA.

La tècnica a utilitzar depèn del diagnòstic mèdic dut a terme i les característiques del cas, fent balança dels beneficis i perjudicis. Els supòsits paradigmàtics són: dones sense funció ovàrica, és a dir, infèrtils, o bé homes infèrtils perquè pateixen *azoospermia*, és a dir, absència d'esperma.

### **1.1. Inseminació artificial amb semen de la parella (IAP) o de donant (IAD)**

La inseminació artificial (d'ara endavant IA) és la tècnica menys invasiva i més senzilla, per ser la més semblant a la fecundació fisiològica. La inseminació pot ser homòloga o heteròloga. La primera és amb esperma de l'home de la parella (IAP), que pot estar unida en matrimoni (IAC<sup>14</sup>) i la segona amb esperma de donant (IAD).

La IAP o IAC consisteix en el dipòsit del material reproductor masculí (espermatozoides) en l'aparell genital femení per mitjà dels instruments clínics adequats. La dona ha de tenir capacitat per ovular, ja sigui espontàniament o ajudant-se amb tractament mèdic hormonal. La IA intrauterina és la modalitat més empleada i, per a dur-la a terme, s'obté mitjançant extracció espermàtica una mostra seminal de l'home i se seleccionen els espermatozoides més útils que conté, eliminant-ne la part sobrant. Abans de dur a terme la inseminació, dipositant en l'úter de la dona la mostra, cal assegurar-se que aquesta es troba en període d'ovulació. Per augmentar el nombre d'òvuls que puguin resultar fecundats es duu a terme una estimulació amb tractament hormonal i també es pot induir la ovulació.

En el cas de la IAD, l'únic que canvia és que el material reproductor masculí procedeix de bancs de semen degudament acreditats que compleixen amb els requisits legals<sup>15</sup>, essent possible que: o bé l'home es trobi afectat per severes alteracions seminals, o bé que una parella homosexual de dones vulgui procrear, o bé que una dona sense parella masculina tingui el desig de gestar. Igualment com a la IAP, el procediment es realitza en un cicle natural<sup>16</sup> i es pot utilitzar un tractament d'estimulació ovàrica o bé induir la ovulació. Després d'aquest període d'ovulació és quan es depositen els espermatozoides del donant en l'aparell genital de la pacient.

### **1.2. Fecundació in Vitro i Transferència Embrionària (FIVTE)**

Mentre que en els dos tipus de IA la fecundació es duu a terme en l'úter de la dona, la FIVTE radica en posar en contacte gàmetes masculins i femenins (espermatozoides i ovòcits respectivament) fora de l'organisme de la dona. Es pretén aconseguir una fecundació i un prematur desenvolupament embrionari *extracorporis*, fora del claustre matern, per després transferir-lo a l'úter. Per tant, es recorrerà a aquesta tècnica, per exemple, en absència de les trompes uterines o per una reducció del nombre o mobilitat dels espermatozous, entre moltes altres possibilitats.

Evidentment, en aquest cas, tant els gàmetes femenins com els masculins poden ser propis de la parella o bé procedents de donació (essent possible la donació tant d'espermatozoides com

---

<sup>14</sup> Quan la parella està unida en matrimoni se sol anomenar inseminació artificial del cònjuge (sigla IAC).

<sup>15</sup> *Vid.* Cap. V de la LTRHA.

<sup>16</sup> Conjunt de processos que tenen lloc entre dues menstruacions successives.

d'ovòcits). En cas que es tracti d'una parella formada per dues dones poden optar per intervenir ambdues en la reproducció assistida: una aportant l'òvul que s'inseminarà i l'altra gestant el preembrió que en resulti. Aquesta tècnica es coneix amb el nom de ROPA (Recepció d'Òvuls de la Parella).

La fecundació es pot dur a terme convencionalment o a través d'una microinjecció espermàtica dins del citoplasma (ICSI). En el primer cas es busquen les condicions idònies per tal de facilitar que el contacte entre els gàmetes i la consegüent fecundació es produeixi de forma aleatòria i espontània. L'ICSI és una variant de l'anterior en què la intervenció sobre el procés de fecundació és més actiu perquè s'introdueix un espermatozoide en l'interior de cada ovòcit.

Una vegada aconseguida la fecundació i obtinguts els preembrions mínimament desenvolupats in vitro<sup>17</sup> es procedeix a la selecció d'un nombre adequat d'aquests per tal que siguin transferits a l'úter, s'implantin, i s'iniciï la gestació.

Intervencions accessòries a la fecundació són la transferència intratubàrica de gàmetes (GIFT), la transferència intratubàrica de zigots (ZIFT), la transferència tubal d'embrions (TET), la crioconservació i el diagnòstic preimplantacional (DGP)<sup>18</sup>.

## **IV. LA TRANSFORMACIÓ DEL RÈGIM DE FILIACIÓ**

### **1. Concepte i efectes del dret de filiació**

El concepte de filiació, entenent per aquesta la relació biològica derivada del fet de la procreació, no s'ha de confondre amb la filiació des d'un punt de vista jurídic. Aquesta segona es refereix tant a la condició jurídica de la persona com al vincle existent entre pares i fills, al qual l'ordenament jurídic assigna drets i obligacions.

En aquest mateix sentit cal diferenciar entre "progenitor" i "pare". Mentre el primer terme té un significat vinculat amb la biologia, la perspectiva que adopta el segon és social, cultural i jurídica.

---

<sup>17</sup> El preembrió s'ha de distingir de l'embrió i el fetus i la LTRHA només autoritza la transferència d'un màxim de 3 preembrions a cada dona en cada cicle reproductiu. El preembrió, també anomenat zigot, és el primer estadi de vida i apareix després de la unió de l'òvul i l'espermatozoide (gàmeta femení i gàmeta masculí). Quan aquest, en forma de cèl·lula amb un únic nucli, es divideix, passa a ser embrió, el desenvolupament del qual es produeix fins la vuitena setmana de gestació. Finalment, quan la gestació arriba a la vuitena setmana, s'acaba el període d'embrió i s'inicia l'etapa fetal. D'altra banda, el terme "gàmeta" és el terme general per a referir-se als òvuls o espermatozoides.

<sup>18</sup> Es tracta de derivacions de la FIVTE ja que no es produeix pròpiament una transferència embrionària. En la GIFT es col·loquen els gàmetes masculins i femenins en la trompa de Fal·lopi mitjançant laparoscòpia (tècnica que es realitza amb dispositius òptics per poder visualitzar la cavitat pelviabdominal). La ZIFT i la TET segueixen la mateixa línia descrita però reben aquests noms atenent a l'etapa de desenvolupament embrionari en què es realitzi el procediment (si ja s'ha format el zigot o ja és un embrió). Per acabar, mentre la *crioconservació* és un procés mitjançant el qual es congelen les cèl·lules per conservar els teixits (espermatozoides, òvuls, preembrions) en les millors condicions possibles; el *diagnòstic genètic preimplantacional* (DGP) és una tècnica utilitzada com a complement de la FIV amb el propòsit de seleccionar aquells embrions lliures de tota l'alteració genètica.

En conseqüència, veus destacades<sup>19</sup> apunten que és el segon sentit (“pare” i, afegeixo, “mare”) el que implica el compliment d’una sèrie de drets i deures<sup>20</sup>.

No obstant aquesta distinció, històricament la filiació com a relació jurídica ha partit de dades biològiques (gestació) i genètiques (material reproductor). Aquest concepte tradicionalment assentat s’ha vist obligatòriament transformat per les TRA, en què la dada genètica resulta prescindible.

Com es va establir a la STS de 07.12.1988<sup>21</sup> en el seu FJ 1<sup>r</sup> “*en l’actualitat la filiació fundada en el vincle de la generació origina un estat, que és la posició que l’individu ocupa a la família com a fill i de la qual deriven drets i obligacions (...); una i altra filiació - la matrimonial i no matrimonial - produeixen un verdader estat civil al ser els fills, amb independència de la seva filiació, iguals davant la llei, havent de recordar-se, a més, que les qüestions jurídiques que els afecten transcendeixen de l’àmbit privat i es configuren com d’ordre públic, amb les conseqüències inherents a tal consideració*”.

En quant a l’actual règim jurídic d’aquesta institució és interessant fixar quatre aspectes<sup>22</sup>: a) És una qualitat personalíssima que determina la identificació oficial de la persona a través dels cognoms; b) Concreta la capacitat d’obrar, dependència o independència jurídica, a més del poder i responsabilitat de cada persona. De la filiació en depenen altres estats civils com podrien ser la nacionalitat, pàtria potestat, herència, etc.; c) És un estat civil familiar (*status familiae*), siguin els fills matrimonials o no matrimonials; d) El règim jurídic de la filiació és imperatiu i es troba predeterminat legalment: és una matèria indisponible per les parts.

Per acabar, referent als efectes, es produeixen una vegada determinada la filiació<sup>23</sup>. Tant l’art. 109 CCE com l’art. 235-2.1 CCCat són una clara manifestació del principi d’igualtat i prohibició de discriminació prevista en els arts. 14 i 39 CE: estableixen que tota filiació, sigui matrimonial o no matrimonial, produeix els mateixos efectes, sens perjudici dels específics de l’adoptiva.

En el CCE es preveu la determinació dels cognoms (art. 109 CCE) i el deure d’empara que es concreta en la obligació de vetllar pels fills i prestar-los aliments (art. 110 CCE). Aquests dos efectes es produeixen independentment d’ostentar la potestat parental que, d’acord amb l’art. 154 CCE, també és un efecte derivat de la determinació de la filiació. Finalment, i d’acord amb l’art. 17 i ss. CCE, un també es preveu com a efecte l’adquisició de la nacionalitat. I, a tot això, s’hi afegeixen els dret

<sup>19</sup> DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. *Derecho de Familia*, Cizur-Menor, Thomson-Aranzadi, 2012, p. 1608.

<sup>20</sup> La STSJC núm. 28/2007, 27.09.2007 (RJ 2007/8520; MP: Alegret Burgués, E.): “s’admet la licitud de la dissociació entre progenitor biològic i pare legal no obstant l’esforç de les diferents legislacions en el nostre país, després de la promulgació de la CE de 1978, i de la tradició jurídica de Catalunya per construir la filiació jurídica sobre la filiació biològica procurant la plena coincidència entre una i l’altra mitjançant el foment de la investigació de la paternitat mitjançant tota classe de proves” (FJ 4<sup>a</sup>).

<sup>21</sup> STS, 1<sup>a</sup>, 7.12.1988 (RJ 1988/9326; MP: López Vilas, R.).

<sup>22</sup> VEIGA NICOLE, E. La reforma del régimen jurídico de la filiación en nuestro derecho. La verdad biológica como principio rector de la investigación de la paternidad y la maternidad a LLEDÓ YAGÜE, F. (Coord.) *Cuadernos de derecho judicial. La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994, p. 24.

<sup>23</sup> L’art. 111 CCE exclou alguns efectes de la relació paterna filial en determinats supòsits, quan es prova una conducta especialment condemnable del progenitor en qüestió.

successoris: d'acord amb l'art. 807 CCE els fills són considerats hereus forçosos, així com també són els primers cridats en la successió *ab intestato* (arts. 930 i 931 CCE).

En el CCCat l'art. 235-2.2 CCCat, de forma similar al CCE, concreta la potestat parental dels pares respecte dels seus fills menors d'edat o incapacitats (arts. 236-1 i ss.), els cognoms (art. 235-2.3), els aliments (arts. 237-1 i ss.), els drets successoris (llegítima i successió intestada: art. 451-3 i 442-1 respectivament), l'assumpció de responsabilitats parentals de vetllar pels fills (independentment de la potestat parental i tenint en compte l'art. 1903 CCE segons el qual els pares responen civilment dels danys causats pels seus fills) i *“qualsevol altre efecte establert per les lleis”*<sup>24</sup>.

## **2. Evolució legislativa en connexió amb les TRA**

### **2.1. De l'omissió de les TRA en el Codi Civil espanyol al Codi Civil Català**

És ben sabut que el dret de filiació és una matèria sobre la qual tenen competència les CCAA amb dret civil propi, en virtut de l'art. 149.1.8 CE<sup>25</sup>: es troba regulada tant en el CCE com en el CCCat.

A aquest respecte, la DF 1<sup>a</sup> de la Llei 14/2006, de 26 de maig, sobre Tècniques de Reproducció Humana Assistida<sup>26</sup> - d'ara endavant LTRHA -, referent al títol competencial, fixa: *“Esta ley, que tiene carácter básico, se dicta al amparo del artículo 149.1.16<sup>a</sup> de la Constitución. Se exceptúa de lo anterior su capítulo IV, que se dicta al amparo del artículo 149.1.15<sup>a</sup> de la Constitución, y los artículos 7 a 10, que se dictan al amparo de su artículo 149.1.8<sup>a</sup>”*.

D'acord amb l'art. 7.1 LTRHA: *“La filiació dels nascuts amb les tècniques de reproducció assistida es regula per les lleis civils, llevat de les especificacions que estableixen els tres articles següents”*. Per tant, quan s'analitzin els diferents problemes suscitats en la determinació de la filiació es farà en ambdós escenaris: d'una banda, el CCE regula la filiació en el Títol V, Llibre I (arts. 108 i ss.); i de l'altra, el CCCat la comprèn en el Capítol V, Títol III de la Llei 25/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família (arts. 235-1 i ss.). A efectes expositius s'analitzarà en primer lloc el CCE, per ser anterior en el temps i, posteriorment, el CCCat.

### **A) Regulació i principis previstos en el CCE**

La regulació vigent del CCE troba els seus orígens en la important reforma que va introduir la Llei 11/1981, de 13 de maig, de modificació del Codi Civil en matèria de filiació, pàtria potestat i règim econòmic del matrimoni<sup>27</sup>. Aquesta reforma, que va ser la primera i potser més transcendent, va ser exigida per la CE de 1978, que va provocar la inconstitucionalitat sobrevinguda del règim de filiació

<sup>24</sup> Un exemple seria el règim de visites i comunicació (art. 233-9.d CCCat), entre d'altres.

<sup>25</sup> Atribueix competència exclusiva a l'Estat en matèria de legislació civil però exceptua la conservació, modificació i desenvolupament per les CCAA dels drets civils, forals o especials. Les regles relatives a l'aplicació i eficàcia de les normes jurídiques i les relacions jurídico-civils relatives a les formes de matrimoni corresponen exclusivament a l'Estat.

<sup>26</sup> «BOE» núm. 126, de 27.05.2006.

<sup>27</sup> «BOE» núm. 119, de 19.05.1981.



que es preveia en el CCE de 1889 i va requerir l'adequació de les institucions familiars als drets fonamentals i a una sèrie de principis com, p.e., el de no discriminació per raó de sexe o naixement.

El CCE de 1889, en la seva redacció originària, es fonamentava en un principi discriminatori - també anomenat *principi de jerarquia de la filiació* per part de la doctrina<sup>28</sup> -, que distingia entre fills legítims i il·legítims (arts. 108 a 141), segons haguessin estat *concebuts* i haguessin *nascut* dins o fora del matrimoni respectivament<sup>29</sup>. Així mateix, classificava els fills il·legítims en: a) naturals, que eren els nascuts fora del matrimoni de pares que, al temps de la concepció, podien haver contret matrimoni; i b) no naturals, quan al temps de la concepció no hi havia matrimoni<sup>30</sup>. Depenent d'aquesta classificació es reconeixien uns drets o uns altres: els únics que, per regla general, gaudien de la plenitud dels efectes reconeguts per l'art. 114 CCE de 1889 eren els legítims.

Fins aquí es pot concloure: d'una banda, que el principi discriminatori es manifestava en què la filiació s'identificava per un criteri de naixement; d'altra banda, que la protecció que s'atorgava a la filiació legítima era major atès que proporcionava una major estabilitat social.

El tenor literal de l'art. 108 CCE de 1889 contenia una presumpció de difícil destrucció i "*d'una fortalesa màxima*"<sup>31</sup>: "*Es presumiran fills legítims els nascuts després dels 180 dies següents al de la celebració del matrimoni, i abans dels 300 dies següents a la seva dissolució o a la separació dels cònjuges. Contra aquesta presumpció no s'admetrà altra prova que la de la impossibilitat física del marit per a tenir accés amb la seva dona en els primers 120 dies dels 300 que haguessin precedit al naixement del fill*". En conseqüència, es pot col·legir que la determinació es basava en un sistema formalista, fonamentat en presumpcions i dades legals que oblidaven qui eren els pares biològics, no només per la dificultat que suposava descobrir-la d'acord amb l'estat de la ciència, sinó també per un allunyament voluntari d'ella en benefici de la pau social<sup>32</sup>.

La font d'aquesta darrera característica, recollida en l'art. 141 CCE de 1889<sup>33</sup>, es trobava a la Base 5<sup>a</sup> de la Llei d'11 de maig de 1988<sup>34</sup>, que fixava la prohibició de la investigació de la paternitat a excepció dels casos delictius, quan existís un escrit del pare en el què constés la voluntat de reconèixer al fill com a seu, expressada de forma deliberada amb aquest fi, o quan existís possessió

<sup>28</sup> PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2002, p. 31.

<sup>29</sup> Sobre el joc d'oposicions en les classes de filiació cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, J. "Estudio sobre la sistemática del Derecho de familia en los países del *Civil Law* y del *Common Law*: presupuestos metodológicos", a *Materials de les Vuitenes Jornades de Dret Català a Tossa: 1994*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 59 i ss.

<sup>30</sup> FERNÁNDEZ BAQUERO, M.E. "Definición jurídica de la familia en el derecho romano". *Revista de derecho UNED*, n° 10, 2012, p. 157. Gayo (Inst., 1, 64) es referia als fills no reconeguts com a legítims amb les expressions *vulgo concepti o spurii* i *naturals*. El jurisconsult Ulpià ens dóna una definició de fill *spurii* (Reglas 4,2), que és el mateix que *vulgo concepti*: "*els nascuts de mare naturalment certa, però de pare desconegut, s'anomenaran espuris*". Els naturals són els nascuts de la unió d'un home lliure amb una concubina; és a dir, els nascut d'una unió no matrimonial.

<sup>31</sup> BARBER CARCAMO, R. *La filiación en España: una visión crítica*, Cizur-menor, Thomson-Aranzadi, 2013, p. 25.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>33</sup> Art. 141 CCE de 1889: "(...) no se admitirá en juicio demanda alguna que, directa ni indirectamente, tenga por objeto investigar la paternidad de los hijos ilegítimos en quienes no concurre la condición legal de naturales".

<sup>34</sup> Gaceta de Madrid de 22.05.1888.

d'estat<sup>35</sup>. Resulta il·lustrativa la reflexió que fa la STC núm. 138/2005 de 26.05.2005<sup>36</sup>: “Històricament els problemes de la determinació de la filiació, particularment la paternitat (mater sempre certa est), han tingut la seva raó de ser en la naturalesa íntima de les relacions causants del naixement i en la dificultat de saber de quina relació concreta, si n’hi va haver amb diferents homes, va derivar la gestació i naixement. Això ha justificat, en benefici de la mare i del fill, el joc de presumpcions legals, entre elles la de paternitat matrimonial (pater is quem nuptiae demonstrant) i les restriccions probatòries pròpies del dret de filiació” (FJ 4<sup>o</sup>).

El CCE, com els demés Codis europeus vuitcentistes, estava fortament influït per la concepció social i patrimonial de la família d’origen romanocanònic.

Abans de la promulgació de la CE ja s’havia qüestionat la regulació del CCE de 1889, sobretot quan es va aprovar la LRC de 1957<sup>37</sup>, que a part de millorar la situació dels fills no matrimonials<sup>38</sup>, permetent-los determinar la seva filiació, va elaborar una doctrina de la DGRN que vetllava per una interpretació restrictiva dels preceptes del CCE de 1889 i aquesta va ser acollida pel TS<sup>39</sup>. Tanmateix, no va ser fins el 1978 quan es van introduir dos articles amb una forta incidència en el dret de filiació: arts. 14 i 39 CE. D’aquests s’infereixen diversos principis:

- El principi d’igualtat dels fills davant la llei, amb independència de la seva filiació matrimonial o no matrimonial, així com de les mares, qualsevol que sigui el seu estat civil (arts. 14 i 39.2 CE<sup>40</sup>).
- S’enuncia el principi de *bonum filii* o d’interès superior del fill, fent referència a la protecció integral dels fills (art. 39.2 CE). Aquests sempre gaudiran de la protecció prevista en els acords

<sup>35</sup> Aquesta és la primera menció que es fa a la institució de la possessió d’estat i convé fer referència al seu significat perquè s’utilitzarà en diverses ocasions i amb diferents sentits. Cal destacar els arts. 113 i 131 CCE. El primer preveu que “la filiació s’acredita per inscripció al RC, pel document o sentència que la determina legalment, per la presumpció de paternitat matrimonial i, a falta dels mitjans anteriors, per la possessió d’estat. Per l’admissió de les proves diferents a la inscripció s’estarà al disposat a la LRC. No serà eficaç la determinació d’una filiació en tant resulti acreditada una altra contradictòria”. El segon estableix que “qualsevol persona amb interès legítim té acció per tal que es declari la filiació manifestada per la constant possessió d’estat. S’exceptua el supòsit en què la filiació que es reclami contradigui una altra legalment determinada”. En conseqüència s’aplica tant a la filiació matrimonial com a la no matrimonial i compleix diverses funcions: a) és un mode d’acreditar la filiació (art. 113 CCE), fins i tot dins d’un procés (art. 135 CCE: es tracta d’un fet a partir del qual pot declarar-se la filiació, encara que no hi hagi prova directa de la generació); b) determina la legitimació per l’exercici d’accions de filiació; c) es tracta d’un títol de legitimació subsidiari dels restants per l’exercici de drets i deures propis de la relació materna filial o paterna filial, tant per la filiació matrimonial com la no matrimonial.

En tots els casos es tracta d’una situació totalment fàctica. Es troba en ella qui de fet i de manera estable ostenta signes suficients del gaudi de tal estat de filiació, li correspongui o no efectivament. És cert que els seus elements definitoris no es contemplen a la llei i són clàssics en la doctrina i jurisprudència. En síntesi: el *nomen* [ús habitual del cognom del suposat pare o mare pel fill, si bé en la filiació extramatrimonial la possessió d’estat és compatible amb l’ús de cognom diferent pel fill, *vid.* STS núm. 224/1995 de 17.03.1995 (RJ 1995/1961; MP: Almagro Nosete, J.)]; el *tractatus* (és altra cosa que el comportament afectiu i real propi de les relacions paterno-filials que, a més d’una projecció familiar interna se sol exigir que el tracte donat pel presumpte pare o mare també sigui *ad extra* perquè pugui crear l’aparença paterna filial); i la *reputatio o fama* (és el fet de se considera socialment, en opinió pública o entorn social, com a fill i s’ha de donar juntament amb el *tractatus*). Es tracta d’elements definitoris que poden semblar clars però la jurisprudència ha proliferat respecte l’exigència de “constància” en la possessió d’estat que ha exigint l’art. 113 CCE [*vid.* entre moltes altres STS núm. 1028/1992, de 14.11.1992 (RJ 1992/9403; MP: Barcalá Trillo-Figueroa, A.)].

<sup>36</sup> STC, Ple, 26.05.2005 (RTC 2005/138; MP: Rodríguez-Zapata Pérez, J.).

<sup>37</sup> «BOE» núm. 151, de 10.06. 1957.

<sup>38</sup> L’art. 52 de la LRC de 1957 establia que “fuera de la familia no podrá hacerse discriminación de españoles por la clase de filiación”. Aquesta llei ha estat derogada per la Llei 20/2011, de 21 de juliol, del Registre Civil, que **no** es pronuncia al respecte.

<sup>39</sup> *Vid.* GARCÍA CANTERO, G. a CASTÁN TOBENAS, J. *Derecho civil español, común y foral*, op. cit., p. 66: “La jurisprudencia de la DGRN va donar solució a no pocs problemes, a vegades en contra de preceptes expressos del Codi Civil encara en vigor (...)”.

<sup>40</sup> Com veurem en els pròxims paràgrafs, es plasma a l’art. 108.2 CCE i és aplicable tant a la filiació per naturalesa com per adopció.

internacionals que vetllen pels seus drets (art. 39.4 CE). La doctrina constantment al·ludeix a aquest principi per a justificar o rebutjar certes interpretacions legislatives sobre el dret de filiació, la qual cosa actualment es plasma en l'art. 110 CCE.

La doctrina insisteix en la impossibilitat de definir de forma permanent i omnicomprensiva què constitueix l'interès del menor, que no admet una definició apriorística i general<sup>41</sup>.

- El principi de veracitat biològica, possibilitant la investigació de la paternitat i maternitat. D'aquest principi es desprèn que la filiació se sustenta sobre la biologia i se suprimeixen les restriccions de la legislació anterior, relatives a l'ús de proves biològiques i investigació de la paternitat en els processos de filiació<sup>42</sup>. El principi té el seu fonament en la lliure investigació de la paternitat que proclama l'art. 39.2 CE. D'acord amb una interpretació rígida d'aquest principi serà pare jurídic qui sigui pare biològic. Tanmateix la veritat biològica no monopolitza la regulació de la filiació perquè la redacció de l'art. 39.2 CE (*“la llei possibilitarà la investigació de la paternitat”*) admet certs límits<sup>43</sup>.
- El deure dels pares a prestar assistència als fills, ja siguin o no matrimonials (art. 39.3 CE).

Amb la introducció d'aquests principis a l'ordenament se superava l'anterior principi discriminatori en la filiació i Espanya s'apropava als altres països europeus que, a la dècada dels 70, havien estat impulsats pels reconeixements de drets humans tant a nivell internacional com europeu<sup>44</sup>.

L'any 1977, abans de la promulgació de la CE, la Comissió General de Codificació va iniciar l'elaboració d'un esborrany d'avantprojecte en matèria de filiació. La seva aprovació comportaria que la regulació d'aquesta en el CCE de 1889 es reformulés i, d'aquesta manera, pogués casar bé amb els nous principis que es consagrien a la CE.

El Govern va presentar a les Corts un Projecte de Llei<sup>45</sup>, resultant-ne la promulgació de la Llei 11/1981, de 13 de maig, amb la que s'ha iniciat el present apartat. Aquesta reforma va ésser d'enorme impacte tant pel seu volum com pel seu contingut. La conseqüència, pel que aquí interessa, va ser tota una nova redacció del Títol V del Llibre I del CCE (arts. 108-141 CC), que mantenia la numeració de l'articulat però no l'estructura, i molt menys el contingut.

---

<sup>41</sup> FERRER RIBA, J., “Paternidad genética y paz familiar: los límites a la impugnación y a la reclamación de la paternidad”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2006, núm. 3, p. 135.

<sup>42</sup> L'art. 767.2 de la LEC, que va derogar l'antic art. 127 del CCE de 1889, permet la investigació de la paternitat en processos de filiació perquè el 1981 el CCE estableix la relació jurídica sobre les dades biològiques (sobre la veritat biològica).

<sup>43</sup> El CCE de 1981, com es veurà, tracta de fer compatible aquest principi amb els de seguretat jurídica i l'interès del fill.

<sup>44</sup> A nivell internacional l'art. 25-2 de la DUDH aprovada per la ONU el 1948, el principi núm. 1 de la Declaració de Drets del Nen de 1959, o l'art. 2 del PIDESC, aprovat per la ONU el 1966. A nivell europeu, els arts. 8 y 14 del CEDH, firmat a Roma el 1950, que tot i no reconèixer un principi referit directament a la filiació, el TEDH d'Estrasburg va resoldre, en sentència de 13.06.1979 (cas Marckx c. Bèlgica), en el sentit de considerar a la dona soltera i el seu fill com una família més (igualment com el Comitè de Ministres del Consell d'Europa en Resolució de 15 de maig de 1970, sobre Protecció Social de les mares solteres i els seus fills, aplicant així les garanties tant a la família legítima com a la il·legítima).

<sup>45</sup> Projecte de Llei publicat en el BOCG de 14.09.1979. A la seva EM, i referent a la veritat biològica, establia que: “*Al regular la determinació del vincle jurídic de filiació, la present llei reflexa la influència de dos criteris trobats. D'una banda, el de fer possible el descobriment de la veritat biològica per que sempre pugui fer-se efectiu el deure dels pares de prestar assistència de tot ordre als seus fills. Però, d'altra banda, s'ha procurat impedir que a voluntat de qualsevol interessat puguin portar-se sense límits als tribunals qüestions que tan íntimament afecten a la persona. I això, principalment, per donar estabilitat a les relacions d'estat en benefici del propi fill, sobre tot, quan ja viu en pau una determinada relació de parentiu*”.

Arribats a aquest punt, podem afirmar que la redacció vigent del CCE preveu en l'art. 108 dues classes de filiació: d'una banda, la filiació per naturalesa (que la ostentaria una persona en relació als seus progenitors biològics) i, de l'altra, la filiació adoptiva. Totes elles produeixen els mateixos efectes, d'acord amb l'art. 108.2 CC on queda plasmat el principi d'igualtat en els efectes.

Al seu torn, la filiació per naturalesa es classifica en filiació matrimonial, en què els pares estan casats entre sí, i no matrimonial, en què no concorre el matrimoni. Com afirma la doctrina<sup>46</sup>: *“la circumstància que la filiació es produeixi dins o fora del matrimoni és (...) irrellevant en (...) la determinació legal de la filiació, influïnt, no obstant això, en el règim de les accions, doncs és més fàcil la reclamació d'una filiació matrimonial i més difícil la seva impugnació”*. Per tant, no obstant atribuir a totes les filiacions els mateixos efectes, el CCE continua diferenciant entre la determinació legal de la filiació matrimonial i no matrimonial, la qual cosa ha estat considerada constitucional per la STC 273/2005 de 27.10.2005<sup>47</sup>: aplicar el principi de no discriminació exclusivament dins l'àmbit dels efectes és constitucional, partint de la diferència justificada objectivament i raonablement entre el matrimoni o no dels progenitors, essent que el primer atorga major certesa a la filiació<sup>48</sup>.

La determinació extrajudicial de la filiació en el CCE (arts. 108 a 126 CCE) no ha patit més reformes des de 1981, excepte la modificació de l'art. 120 CCE introduïda per la Llei 19/2015, de 13 de juliol, de mesures de reforma administrativa en l'àmbit de l'Administració de Justícia i del Registre Civil<sup>49</sup>. Per contra, la determinació judicial d'aquesta, que fa referència a les accions de reclamació i impugnació, actualment previstes en els arts. 131-141 CCE s'ha vist modificada en dues ocasions<sup>50</sup>.

## **B) Regulació i principis previstos en el CCCat**

Pel què fa al cas català, la Llei 40/1960, de 21 de juliol, sobre la Compilació del Dret Civil Especial de Catalunya ja contemplava, en els seus arts. 4<sup>t</sup> i 5<sup>è</sup>, normes bàsiques sobre el dret de filiació que mantenien la distinció entre filiació legítima i il·legítima però incloïen principis substancialment

<sup>46</sup> VEIGA NICOLE, E. La reforma del régimen jurídico... op. cit., p. 26.

<sup>47</sup> STS, Ple, 27.10.2005 (RTC 2005/273; MP: Pérez Vera, E.). En el FJ 4<sup>t</sup>: *“lo que hace el Código civil es establecer un sistema para la determinación, prueba, reclamación e impugnación de la filiación que se articula en función del carácter matrimonial o no matrimonial de la filiación (...), pues aunque esta diferencia no puede tener consecuencias sobre sus efectos, por determinación constitucional, sí cabe otorgarle relevancia en relación con la forma de determinar la filiación, que es un aspecto previo, y que puede regirse por criterios distintos”*.

<sup>48</sup> BARBER CÁRCAMO, R., *La filiación en España*, op. cit. p. 36. Vid. les STC de 26.05.2005 (RTC 2005/138; MP: Rodríguez-Zapata Pérez, J.); de 09.06.2005 (RTC 2005/156; MP: García-Calvo y Montiel, R.) i de 16.02.2006 (RTC 2006/52; MP: Gay Montalvo, E.).

<sup>49</sup> «BOE» núm. 167, de 14.07.2015. L'art. 120 CCE de 1989 establí que la filiació no matrimonial quedaria determinada: 1) *Pel reconeixement davant l'encarregat del RC, en testament o en un altre document públic*; 2) *Per resolució recaiguda en expedient tramitat d'acord amb la legislació del RC*; 3) *Per sentència ferma*; (...). Després de la modificació s'incorpora una nova forma de determinació legal de la filiació no matrimonial que es numera amb el núm. 1, modificant així la numeració aquí plasmada: *“En el moment de la inscripció del naixement, per la declaració conforme realitzada pel pare en el corresponent formulari oficial a que es refereix la LRC”*.

<sup>50</sup> En la primera, de caire legislatiu, la LEC, mitjançant la seva DD única 2.1 va derogar els articles 127 a 130 i 135. La segona modificació es va fer les STC núm. 273/2005, de 27.10.2005 (vid. nota 47) i la STC núm. 52/2006, de 16.02.2006 (vid. nota 48), que va declarar la inconstitucionalitat de l'art. 133.1 i l'art. 136.1 CCE. Per això la Llei 26/2015, de 28 de juliol, de modificació del sistema de protecció a la infància i a l'adolescència, afegeix un apartat 2<sup>n</sup> als esmentats articles que introdueix els matisos la omisió dels quals provocava la inconstitucionalitat (com se cita als peus de pàgina 22 i 23). També l'art. 137, 138 i 140 CCE han estat modificats per la darrera llei citada.

diferents del Dret tradicional espanyol<sup>51</sup>. Després de la CE, en el moment en què la Generalitat de Catalunya recupera la seva competència en matèria civil, amb la promulgació de la Llei 13/1984, de 20 de març, sobre la Compilació del Dret Civil de Catalunya<sup>52</sup> es va adaptar la Compilació als nous principis constitucionals, amb especial atenció al principi d'igualtat ja comentat.

Posteriorment es va aprovar la Llei 7/1991, de 27 d'abril, de Filiacions<sup>53</sup>, que ja es preocupava per la filiació derivada de la fecundació assistida. Més endavant va ser integrada, juntament amb altra normativa, al Codi de Família, aprovat per la Llei 9/1998, de 15 de juliol<sup>54</sup>, quedant derogada.

Finalment la Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi Civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família<sup>55</sup> va incorporar, prèvia harmonització i sistematització, el contingut del Codi de Família.

El llibre segon del CCCat, al seu torn, ha estat objecte de diverses modificacions. Els arts. 235-1 a 235-52 (Cap. V, Tít. III) es dediquen a regular la filiació, que es divideix, conforme al primer article, en dues classes, coincidents amb les previstes pel CCE: la filiació per naturalesa – distingint entre matrimonial o no matrimonial – i la filiació per adopció. No obstant això, el CCCat, a diferència del CCE, dins la filiació per naturalesa contempla la *fecundació assistida de la dona casada* (art. 235-8 CCCat) – matrimonial - i la *fecundació assistida de la dona* (235-13 CCCat) - no matrimonial -.

A més a més, l'art. 235-3 CCCat, que recull els títols de determinació de la filiació, inclou el consentiment a la fecundació assistida de la dona com un nou títol aparentment autònom: *“la filiació per naturalesa, amb relació a la mare, resulta del naixement; amb relació al pare i la mare es pot establir pel reconeixement, pel consentiment a la fecundació assistida de la dona, per l'expedient registral o per sentència, i, únicament amb relació al pare, pel matrimoni amb la mare”*.

En conseqüència, tant el legislador espanyol, que va reformar el règim de filiació el 1981, com el constituent de 1978 van oblidar la incidència de les TRA: cap d'ells s'hi refereix en l'articulat i només es contempla la procreació natural, sobre els problemes de la qual es basa la normativa.

Per contra, el legislador argentí, en el nou *Código Civil y Comercial de la Nación de 2014*<sup>56</sup>, introdueix com a fonts de la filiació amb igualtat d'efectes: la filiació per naturalesa, per adopció o mitjançant TRA (art. 5588). Dedica els arts. 560 a 564 a fixar regles generals relatives a la filiació per tècniques de reproducció assistida on s'unifiquen els criteris comuns a tots els supòsits, relatius a la forma i requisits del consentiment, i es considera la veritat procreacional com a determinant de la filiació amb independència del seu caràcter matrimonial o no matrimonial (homòloga o heteròloga) i del caràcter heterosexual o homosexual dels progenitors que consenten.

<sup>51</sup> «BOE» núm. 175, de 22.07.1960. A tall d'exemple, l'art. 4.1 permet que els fills nascuts fora de matrimoni puguin promoure les accions conduents a la investigació, prova i declaració de la seva filiació.

<sup>52</sup> «DOGC» núm. 420, de 28.03.1984.

<sup>53</sup> «DOGC» núm. 1441, de 10.05.1991. Els arts. 1 a 9 regulen la filiació.

<sup>54</sup> «DOGC» núm. 2687, de 23.07.1998. La filiació es regula en els arts. 87 a 97.

<sup>55</sup> «DOGC» núm. 5686, de 05.10.2010.

<sup>56</sup> Aprovat per la Llei 26.994 (BO núm. 32.985, de 08.10.2014).

## **2.2. Antecedents de la Llei 14/2006, de 26 de maig, sobre TRHA i les seves reformes**

Davant l'escenari plantejat, i tenint en compte que l'ús de les TRA permetia tenir descendència, amb ànim d'atorgar protecció als drets fonamentals de la persona que podrien quedar desprotegits, el legislador va creure necessari regular la matèria.

La primera llei que es va dictar va ser la Llei 35/1988, de 22 de novembre, sobre tècniques de reproducció assistida<sup>57</sup>, la qual, val a dir, tenia caràcter administratiu-sanitari, amb poques referències a normes d'abast jurídic-privat relatives a la determinació de la filiació<sup>58</sup>. La seva EM ja establí que *“la col·laboració de donants de material reproductor en la realització d'aquestes tècniques suposa la incorporació de persones alienes a les receptores i als homes a elles vinculats en la creació de futurs fills, que portaran la seva aportació genètica, amb el que es posen en entredit qüestions del màxim interès relacionades amb la maternitat, la paternitat, la filiació i la successió”*, a més que *“la llei no pretén abastar totes i cada una de les múltiples implicacions a que pugui donar lloc la utilització d'aquestes tècniques, ni sembla necessari (...), per deixar a les reglamentacions que el desenvolupin o al criteri dels jutges la valoració de problemes o aspectes més subtils”*.

La primera resposta política a la promulgació de l'anterior llei va ser la interposició d'un recurs d'inconstitucionalitat en la seva totalitat i, subsidiàriament, en relació amb alguns dels seus preceptes (entre els quals, i als efectes d'aquest treball, interessaven els arts. 7 a 10 que parlen de filiació) per 63 Diputats del Grup Parlamentari Popular del Congrés<sup>59</sup>.

La Llei 45/2003 de 21 de novembre, per la que es modifica la Llei 35/1988, de 22 de novembre, sobre TRA<sup>60</sup> va reformar per primer cop la LTRA de 1988. Aquesta es va encarregar de donar una primera resposta al debat relatiu a l'acumulació de preembrions humans sobrants sense un destí

---

<sup>57</sup> «BOE» núm. 282, de 24.11.1988.

<sup>58</sup> Va ésser una norma doctrinalment molt criticada tant pels seus defectes tècnic-jurídics com pels béns jurídics de què tractava: disposició de preembrions i embrions humans (material embriològic), tractament jurídic dels gàmetes, quines persones poden ser receptores de les tècniques de reproducció (necessitat o no de matrimoni, possibilitat de dona sola). Els aspectes administratiu-sanitaris que també regula extralimiten l'objecte d'aquest treball (regula les manipulacions a què les esmentades tècniques poden donar lloc com la crioconservació de gàmetes i preembrions, estimulació ovàrica, diagnòstic prenatal, investigació i experimentació amb gàmetes i preembrions, centres i equips biomèdics i infraccions i sancions administratives entre d'altres), però és important tenir en compte que l'article 1 fixa que les tècniques de què s'ocupa *“tenen com a finalitat fonamental l'actuació mèdica davant l'esterilitat humana”* i *“podran utilitzar-se també en la prevenció i tractament de malalties d'origen genètic o hereditari”*.

<sup>59</sup> A grans trets la STC núm. 116/1999, Ple, de 17.06.1999 (RTC 1999/116; MP: García Manzano, P) va resoldre que, per quant a la seva totalitat, es tractava d'una norma que desenvolupava correctament l'art. 39.1 CE (protecció social, econòmica i jurídica de la família) i, per tant, no es trobava dins dels drets i llibertats públiques compresos a la Sec. 1ª del Cap. 1ª, reservats a Llei Orgànica (art. 81.1 CE). En segon lloc, pel què fa als articles de filiació, el TC va argumentar que: d'una banda, no és veritat que la definició constitucional de família impliqui com a nucli essencial d'aquesta l'existència d'un matrimoni heterosexual (i consegüent possibilitat que d'ell se'n derivin relacions patern-filials) perquè el concepte constitucional de família es dota de perfils més amplis. D'aquesta manera, tot i que en l'art. 39.1 CE s'inclou la família matrimonial<sup>59</sup>, la CE no ha identificat la família que mana protegir amb la que té origen en aquest matrimoni. Tampoc existeix una limitació del concepte a aquesta forma familiar, per molt rellevant que sigui per la nostra cultura, valors i comportaments socials. En síntesi, el fet que la dona, estigui o no vinculada matrimonialment amb l'home del qual procedeixen els gàmetes (que pot ser anònim, como es veurà) pugui fer ús de les TRA no significa que es vulgui el nucli essencial de la institució familiar perquè, com es diu a la STS núm. 116/1999, *“no existeix (...) una obligada correspondència entre les relacions patern-filials jurídicament reconegudes i les naturals derivades de la procreació (STC 289/1993 i 114/1997), ni (...) el concepte constitucional de família es redueix a la matrimonial (STC 184/1990 i 222/1992)”*. En conseqüència, la LTRA de 1988 no menyscaba el principi de l'art. 39.1 CE i és constitucionalment vàlida la diferència entre progenitor biològic i pare legal.

<sup>60</sup> «BOE» núm. 280, de 22.11.2003. Es modifiquen els arts. 4 i 11 de la LTRA de 1988.

determinat i la investigació i experimentació amb aquests<sup>61</sup>. Tot i així, va resultar ésser recorreguda davant del TC en dues ocasions<sup>62</sup> perquè donava un tractament jurídic diferent als preembrions crioconservats abans de l'entrada en vigor de la Llei 45/2013 – 22.11.2003 – i als crioconservats després d'aquesta<sup>63</sup>. Donada la controvèrsia, la CNRHA va insistir en una reforma de la legislació i amb aquesta finalitat, es va promulgar LTRHA, que és la vigent i la que s'analitzarà pel què fa a la determinació de la filiació (arts. 7 a 10). La seva EM no parla de cap modificació relativa a la filiació i, per tant, es dedueix que des de 1988 fins a 2006 no hauria patit cap canvi.

Mentre es tramitava la LTRHA es va legalitzar el matrimoni entre persones del mateix sexe amb l'entrada en vigor la Llei 13/2005, d'1 de juliol, de modificació del Codi Civil en matèria de dret a contraure matrimoni<sup>64</sup>. En aquell instant es va constatar que es produïa una disfunció entre aquesta última i la LTRHA en la possibilitat de determinar una doble maternitat legal d'un concebut per mitjà de les tècniques en una relació homosexual de dues dones<sup>65</sup>. Aquesta darrera possibilitat no es va permetre fins l'aprovació de la Llei 3/2007, de 15 de març, reguladora de la rectificació registral de la menció relativa al sexe de les persones<sup>66</sup> que, a través de la seva DA 1<sup>a</sup> va afegir l'art. 7.3 LTRHA. És curiós saber que, si bé el Projecte de Llei 12/000039, de Tècniques de Reproducció Assistida es va presentar quan encara no havia estat aprovada la Llei 13/2005, a l'hora de presentar les esmenes al mateix<sup>67</sup>, la Llei 13/2005 ja havia entrat en vigor i, tot i així, la LTRHA va obviar i desatendre la totalitat de les esmenes presentades<sup>68</sup> als articles 6,7 i 8 (determinació de la filiació) del Projecte, que reclamaven l'equiparació entre matrimonis heterossexuals i homosexuals. Per tant, va ser una Llei totalment aliena a la qüestió – la Llei 3/2007 –, la que va intentar solucionar la situació.

L'institut de la filiació es vincula irremeiablement amb la constància acreditativa que proporciona el Registre Civil (art. 113 CCE). Veus reconegudes<sup>69</sup> pronuncien que no hi ha determinació de la filiació sense inscripció en el Registre Civil. Per aquesta mateixa raó, s'ha d'apuntar la pròxima derogació de la LRC de 1957. El 2011 es va publicar la Llei 20/2011, de 21 de juliol, del Registre Civil<sup>70</sup> que, per regla general, entrarà en vigor el 30.06.2017. Les excepcions a aquesta regla general es recullen a la DF 10<sup>a</sup> de la mateixa Llei. Als efectes del treball que ens ocupa interessa el segon paràgraf de la disposició esmentada, que fixa l'entrada en vigor el 15.10.2015 pels articles de la LRC que hagin estat modificats per l'art. 2 de la Llei 19/2015, de 13 de juliol, de mesures de reforma administrativa

<sup>61</sup> En aquest àmbit era d'aplicació, en aquell moment i de forma indissociable a la LTRA de 1988, la Llei 42/1988, de 28 de desembre, de donació i utilització de preembrions i fetus humans o de les seves cèl·lules, teixits o òrgans. Recentment derogada per la Llei 14/2007, de 3 de juliol, d'Investigació biomèdica.

<sup>62</sup> El recurs d'inconstitucionalitat núm. 632-2004 interposat pel Parlament d'Andalusia (declarat conclòs per manca d'objecte, en relació amb determinats preceptes, el 12.05.2009) i el recurs d'inconstitucionalitat núm. 1083-2004 (extinció per desistiment del recurrent –Govern de la Junta d'Andalusia– en relació amb l'art. únic, DA única, DF 1 i 2, el 8.11.2006).

<sup>63</sup> Mentre els preembrions crioconservats amb anterioritat a l'entrada en vigor de la norma podien ser dedicats a la investigació, a més d'altres fins, els crioconservats amb posterioritat només podien destinar-se a fins reproductius.

<sup>64</sup> «BOE» núm. 157, de 02.07.2005.

<sup>65</sup> ZURITA MARTÍN, I. “Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres”, *La ley*, núm. 6427, 2006, p. 1-6.

<sup>66</sup> «BOE» núm. 65, de 16.03.2007.

<sup>67</sup> Van aparèixer publicades al «BOCG» el 28.09.2005.

<sup>68</sup> En concret es van presentar 110 esmenes del Congrés de Diputats i 55 del Senat.

<sup>69</sup> VERDERA SERVER, R. *La reforma de la filiació. Su nuevo régimen jurídico*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 43.

<sup>70</sup> «BOE» núm. 175, de 22.07.2001.

en l'àmbit de l'Administració de Justícia i del Registre Civil. Per tant, com que l'art. 44 de la LRC (*inscripció de naixement i filiació*) ha estat modificat per l'art. 2.1 de la Llei 19/2015, aquest va entrar en vigor el passat 15.10.2015. De forma coordinada, com que la LTRHA es remet en diverses ocasions a la LRC, la DF 5<sup>a</sup> de la Llei 19/2015 també ha modificat els arts. 7.3, 8.2 i 9.3 LTRHA.

Aquesta diversitat normativa desenvolupada en *tempos* diferents, i que, a la vegada, afecta a múltiples matèries (filiació, matrimoni, rectificació registral de la menció relativa al sexe de les persones), ha volgut donar una resposta de dret positiu a realitats que demanaven solucions no previstes legalment.

## **V. DETERMINACIÓ DE LA FILIACIÓ DERIVADA DE LES TRA**

### **1. Constitució i determinació de la filiació**

La relació jurídica de filiació pretén traduir en el pla jurídic una concreta situació fàctica<sup>71</sup>. La preocupació dels ordenaments jurídics per definir les fonts d'atribució de la relació jurídica de filiació és universal. Donada la quantitat d'efectes d'ordre públic i privat que produeix és necessari un clar establiment del fet o l'acte que l'estableixi<sup>72</sup>.

L'element que, de forma preponderant o exclusiva, s'ha de tenir en compte per a configurar la transcendència jurídica de la filiació – ja sigui la veritat biològica, la voluntat dels interessats o meres relacions socials ja establertes – és una opció de política legislativa que queda a l'arbitri del legislador en cada moment històric. En síntesi, el problema sobre el qual descansa la determinació és fixar sota quins pressupòsits o condicions es pot considerar – i determinar - que algú és fill d'algú altre<sup>73</sup>.

Els sistemes formalistes tendeixen a desatendre la biologia i considerar que la relació jurídica de filiació és conseqüència de l'adveniment dels mitjans elegits pel dret per a establir-la. Contràriament, els sistemes realistes determinen la relació de filiació a partir de l'element genètic i biològic.

El nostre sistema, basat en la veritat biològica, és realista i es fonamenta en una realitat natural que el dret simplement es dedica a tutelar però de cap manera crea: la generació biològica és la font dels efectes jurídics propis de la filiació. No obstant això, la generació és una dada íntima que manca de manifestació evident, per la qual cosa es requereixen mitjans amb transcendència externa per tal de deduir una relació de filiació i poder tutelar-la: *títols o mitjans de determinació de la filiació*. El terme *títol* es refereix a la font o causa de la filiació i la seva eficàcia en la determinació de la filiació, pel que s'ha dit, és declarativa i no constitutiva.

<sup>71</sup> VERDERA SERVER, R., a COBACHO GOMEZ, J.A. (Dir.) / INIESTA DELGADO, J.J. (Coord.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, p. 245.

<sup>72</sup> BARBER CÁRCAMO, R., *La filiación en España*, op. cit., p. 87

<sup>73</sup> GARCÍA VICENTE, J.R., a EGEA I FERNÁNDEZ, Joan / FERRER I RIBA, Josep (Dir.) – FARNÓS I AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi Civil de Catalunya: família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, p. 588.



En el marc de les TRA concorren una pluralitat d'elements com el consentiment (volitiu), la genètica o la biologia, que no sempre coincideixen. Això suposa un repte pels ordenaments, que han d'identificar un nou concepte de generació que no necessàriament es vincula amb la relació natural de filiació. El legislador pot decidir conferir més o menys rellevància a algun d'aquests elements. En tot cas l'ordenament ha d'arbitrar una sèrie de procediments mitjançant els quals quedi proclamada amb plena eficàcia jurídica la filiació d'una persona.

Recordi's que l'art. 7.1 de la LTRHA rubricat "*filiació dels fills nascut mitjançant tècniques de reproducció assistida*" fa una remissió a les *Lleis civils*. Estableix que la filiació dels nascuts amb les TRA es regularà per les *Lleis civils*, excepte les especificacions establertes en els tres següents articles – arts. 8, 9 i 10 LTRHA<sup>74</sup>-. Per tant, quan no siguin d'aplicació les regles especials de la LTRHA, la determinació de la filiació s'haurà de regir per l'establert al CCE i CCCat.

La determinació de la filiació es pot establir extrajudicialment o judicialment i els títols de determinació seran diferents. La diferència rau en què els títols *extrajudicials* són provisionals i manquen del caràcter incontrovertible de la sentència judicial ferma – ja sigui civil o penal -, que és l'únic títol *judicial* definitiu de determinació de la filiació en virtut de l'art. 764.2 LEC. En conseqüència, els títols extrajudicials poden decaure si s'impugnen amb èxit en una sentència.

No obstant això, l'afirmació extrajudicial de la paternitat i la maternitat presenta avantatges respecte de la realitzada després d'exercir una acció de reclamació judicial. Els mecanismes extrajudicials són més senzills i mancats de tensions, per això són preferibles a la determinació judicial. Malgrat això, sobretot la paternitat pot no correspondre's amb la realitat que s'ha pres com a fonament per a determinar-la, d'aquí la necessitat de preveure un mecanisme processal, en el qual es pugui reclamar o impugnar la determinació de la filiació ja establerta extrajudicialment.

Els títols de determinació extrajudicials poden tenir, al seu torn, naturalesa legal (presumpció de paternitat marital<sup>75</sup>), administrativa (expedient registral) o voluntària (reconeixement). Tant en el CCE com en el CCCat s'aborden atenent a l'existència o no de matrimoni entre els progenitors.

- En el CCE els arts. 115 a 119 regulen la determinació extrajudicial de la filiació matrimonial i els arts. 120 a 126 la filiació no matrimonial (*Sec. 2<sup>a</sup> i 3<sup>a</sup> respectivament, Cap. II, Tít. V*). Els arts. 131 a 141 CCE (*Cap. III, Tít. V*) es dediquen a regular les accions de filiació, és a dir, les formes de determinar la relació jurídica de la filiació judicialment.
- En el CCCat els arts. 235-5 a 235-8 fan referència a la determinació de la filiació matrimonial, mentre que els arts. 235-9 a 235-14 preveuen la no matrimonial (*Subsecció 2<sup>a</sup>*

<sup>74</sup> L'article 8 LTRHA es rubrica "determinació legal de la filiació", l'article 9 "premorència del marit" i l'article 10 "gestació per substitució".

<sup>75</sup> Vid. GARCIA VICENTE, J.R., a EGEA I FERNÁNDEZ, Joan / FERRER I RIBA, Josep (Dirs.) – FARNÓS I AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre segon...*, op. cit., p. 591. No es tracta d'una simple presumpció processal sinó d'una forma de determinació. "*S'explica per la dificultat de conèixer el fet íntim de la procreació; és a dir, les relacions sexuals entre els esposos, combinat amb els efectes propis del matrimoni (deure de fidelitat i convivència) i una regla de normalitat (els fills de la dona són del marit)*". Es fonamenta en un efecte propi del matrimoni: la presumpció de convivència i cohabitació dels esposos (art. 68 i 69 CC; art. 231-2.1 CCCat).

*i 3<sup>a</sup> respectivament, Sec. 2<sup>a</sup>, Cap. V, Tít. III). Pel què fa a les accions de filiació, el CCCat les regula en els arts. 235-15 a 235-29 (Subseccions 4<sup>a</sup>, 5<sup>a</sup> i 6<sup>a</sup>; Sec. 2<sup>a</sup>; Cap. V; Tít. III).*

L'anàlisi que prossegueix se centrarà en els títols de determinació extrajudicial de la filiació i no s'abordaran les accions judicials. Com que tant en el CC com en el CCCat conflueixen diversos títols extrajudicials d'atribució de la paternitat i maternitat<sup>76</sup>, a continuació s'analitzarà si el consentiment per fer ús de les TRA juga algun paper a efectes de la determinació de la filiació.

## **2. El consentiment com a element vertebrador de la filiació derivada de TRA**

En primer lloc, és pertinent fer una reflexió respecte dels elements genètic, biològic i voluntari. Com que les TRA permeten que l'aportació sigui purament genètica, sense necessitat de relacions sexuals, l'aportació en general deixa de ser biològica, com passa a la procreació natural, i comença a ser purament genètica. D'una banda, la filiació per naturalesa el conflicte es dona entre l'element biològic i l'element volitiu. D'entre aquests dos té més importància el biològic perquè irroga un vincle entre el nascut i els qui el van procrear que va més enllà de la genètica. D'altra banda, la filiació derivada de les TRA, en què es conjuguen l'element genètic i el volitiu, vist que el genètic manca del plus d'importància que s'atorga al biològic, adquireix més rellevància l'element volitiu. En conseqüència, quan en una mateixa persona no coincideixen l'element genètic, biològic i volitiu, preval aquest últim i adquireix més importància la paternitat consentida per sobre la genètica<sup>77</sup>: la "paternitat voluntària" o "voluntat procreacional".

La LTRHA preveu, en molts dels seus preceptes, referències al consentiment – és a dir, a l'element volitiu – però s'ha de matisar que l'abast dels consentiments a què s'al·ludeix és diferent en cada cas.

L'element previ i necessari per a procedir a tot tractament sanitari que impliqui una intervenció sobre el cos humà és el consentiment informat. Es tracta d'un concepte jurídic d'origen jurisprudencial que es refereix al procés de formació de la voluntat d'un pacient respecte la seva salut a través de la informació que se li proporciona per tal que pugui valorar sobre els riscos i beneficis de la intervenció quirúrgica en qüestió i acceptar o rebutjar un tractament determinat<sup>78</sup>. Les TRA impliquen

<sup>76</sup> VERDERA SERVER, R. *La reforma de la filiació*. op. cit., p. 246.

<sup>77</sup> LAMM, E. "La importancia de la voluntad procreacional...", op.cit., p.6.

<sup>78</sup> L'art. 5 del Conveni Europeu per la protecció dels drets humans i la dignitat del ser humà respecte a les aplicacions de la Biologia i la Medicina, fet a Oviedo el 04.04.1997 i vigent a Espanya des de l'01.01.2002 («BOE» núm. 251, de 20 d'octubre de 1999) preveu que és necessari el consentiment informat per qualsevol intervenció sobre la salut de la persona interessada, que pot revocar-lo en tot moment; així com també ho preveu l'art. 6 de la Declaració Universal de la UNESCO sobre Bioètica i Drets Humans, de 19 d'octubre de 2005. Cap d'aquests textos legals internacionals es refereix a les TRA, a diferència de l'Informe del Comitè "ad hoc" d'experts en el progrés de les ciències biomèdiques (CAHBI) sobre "Procreació Humana Assistida" (1989), que en el seu *principle 4* estableix que les TRA només es poden utilitzar si les persones interessades presten lliurement el seu consentiment informat, de forma explícita i per escrit, d'acord amb les exigències de les lleis nacionals. Council of Europe. "Report on Human Artificial Procreation". Council of Europe, CAHBI, *Report on Human Artificial Procreation. Principles set out in the report of the Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences (CAHBI)*, 1989. Versió digital: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016803113e4>; última visita: 02.02.2017.

A nivell estatal, el consentiment informat es regula, en termes generals, per la Llei 41/2002, de 14 de novembre, bàsica reguladora de l'autonomia del pacient i de drets i obligacions en matèria d'informació i documentació clínica («BOE» núm. 274, de 15.11.2002). Abans de la promulgació de la llei esmentada, a Catalunya es va aprovar la Llei 21/2000, de 29 de desembre, sobre els drets d'informació concernent a la salut i a l'autonomia del pacient i a la documentació clínica, que ha estat recentment modificada per la Llei 16/2010, de 3 de juny, de modificació de la Llei 21/2002.

intervencions mèdiques, per tant, un dels consentiments que preveu la Llei és el consentiment informat a les TRA com a procés dirigit a autoritzar una tècnica concreta i els actes accessoris que aquesta pugui precisar. Aquest té dues vessants: la primera és el dret d'informació sobre la tècnica en concret i la segona és l'acte personal de consentir a la seva aplicació. En aquest segon cas es tracta d'un consentiment contractual a la prestació d'un servei que implica, al seu torn, admetre i responsabilitzar-se de la filiació que es pugui derivar de l'accés a les TRA (al menys pel què fa a la persona usuària de les TRA, com es veurà).

L'objecte sobre el que recau el consentiment dels usuaris no sempre serà el mateix perquè les TRA comprenen intervencions mèdiques amb finalitats diverses: dirigides directament a la gestació o bé actes accessoris<sup>79</sup>. Per això en l'articulat de la llei es fa referència al consentiment informat en diverses ocasions. Fixeu-vos en l'art. 3.3 i 4 LTRHA, rubricat amb el títol *condicions personals de l'aplicació de les tècniques*:

*“3. La informació i l'assessorament sobre aquestes tècniques, que s'ha d'efectuar tant als qui hi vulguin **recórrer** com als qui, si s'escau, hagin d'actuar-hi com a donants, s'ha d'estendre als aspectes biològics, jurídics i ètics d'aquestes tècniques, i ha de precisar igualment la informació relativa a les condicions econòmiques del tractament. L'obligació de proporcionar la informació en les condicions adequades que facilitin la seva comprensió incumbeix als responsables dels equips mèdics que portin a terme la seva aplicació en els centres i serveis autoritzats per practicar-les.*

*4. L'acceptació de l'aplicació de les tècniques de reproducció assistida per cada dona que n'és receptora ha de quedar reflectida en un formulari de consentiment informat, en el qual s'ha de fer menció expressa de totes les condicions concretes de cada cas en què es porti a terme la seva aplicació”.*

L'art 3.4 LTRHA fixa que l'acceptació de l'aplicació de les TRA per cada dona receptora quedarà reflectida en un *formulari de consentiment*. Aquesta expressió ja figurava a l'antiga LTRA de 1988; tot i així, ni el Parlament va encomanar l'elaboració dels formularis a l'Administració Sanitària ni les DDAA es pronuncien al respecte. Finalment, la CNRHA va entendre que ella era competent per a fer-ho i va proposar tres formularis no vinculants relatius a la IAP, IAD i FIVTE<sup>80</sup>. Tanmateix, els

---

Cap de les dues normes – ni l'estatal ni la catalana – fa referència explícita al consentiment informat i a la seva revocació en el marc de les TRA. La única previsió es disposa a la DA 2ª de la llei estatal: “*las normas de esta Ley relativas a (...) el consentimiento informado del paciente y la documentación clínica, serán de aplicación supletoria (...) en los –procesos– de aplicación de técnicas de reproducción humana asistida (...)*”. Conseqüentment és únicament la LTRHA que preveu la necessitat de consentiment informat per a accedir-hi. La justificació d'aquesta regulació específica del consentiment es troba en el seu caràcter no terapèutic –sinó voluntari o de desig–, la qual cosa implica una major diligència i un esforç addicional en el subministrament de la informació.

Vid. FARNÓS AMORÓS, E. *Consentimiento a la reproducción asistida...*, op. cit. p. 75. També ALKORTA IDIAKEZ, I. *Regulación Jurídica...*, op. cit., p. 233 i 238. És il·lustrativa la STS 943/2008, de 23.10.2008 (RJ 2008/5789; MP: Jesús Corbal Fernández), que en el seu FJ 7<sup>e</sup> sintetitza la doctrina jurisprudencial sobre la informació mèdica, fixant que “*la informació té diversos graus d'exigència segons es tracti d'actes mèdics realitzats amb caràcter curatiu o es tracti de la medicina denominada satisfactiva; revestint major intensitat en els casos de medicina no estrictament necessària*”.

<sup>79</sup> ALKORTA IDIAKEZ, I. *Regulación Jurídica...*, op. cit. p. 236. És oportú senyalar que tots els actes dirigits a la gestació poden comprendre's dins d'un mateix “programa de reproducció assistida”. Com que és difícil que en un únic cicle menstrual s'aconsegueixi l'embaràs, essent necessaris diversos intents, normalment l'anomenat programa ja inclou totes les actuacions necessàries per a aconseguir-lo sota un mateix procediment per tal que només sigui necessari un acte de consentiment.

<sup>80</sup> FARNÓS AMORÓS, E. *Consentimiento a la reproducción asistida...*, op. cit. p. 85.

formularis que proposa la SEF són substancialment més complets i, malgrat ser d'utilització voluntària, són els que utilitzen la majoria de centres de fertilitat espanyols públics o privats<sup>81</sup>.

L'art. 3 LTRHA no només es refereix als qui vulguin *recórrer* a les TRA sinó que estén la necessitat d'informació i assessorament sobre les tècniques també als qui vulguin *donar* material reproductor<sup>82</sup>. En ambdós casos la informació, que hauran de donar els responsables dels equips mèdics que portin a terme l'aplicació de TRA. És poc congruent que el personal sanitari hagi d'informar sobre els aspectes jurídics, la qual cosa ha estat criticada doctrinalment: prestar el consentiment en un formulari davant d'un facultatiu no verifica degudament la identitat, capacitat i voluntat de l'interessat per un acte que afecta a l'estat civil de les persones<sup>83</sup>.

Referent als donants de gàmetes, l'art. 5 LTRHA detalla, en el seu apartat 4<sup>t</sup>, que s'haurà d'informar a aquells sobre els fins i conseqüències de l'acte contractual mitjançant el qual donen al centre autoritzat en qüestió el seu material reproductor.

A banda de la informació necessària pel consentiment – d'aquí el doble contingut o vessant que es comentava - LTRHA al·ludeix al consentiment com a acte personal de diversos subjectes: la dona usuària – art. 3.4 ja transcrit –, el donant, l'home vinculat a la usuària – casat o no casat - i la dona casada amb la usuària<sup>84</sup>.

### ***2.1. El consentiment de la dona usuària o receptora de les TRA***

Com subratlla la doctrina<sup>85</sup>, el consentiment de la dona receptora és la peça vertebradora de tot l'entramat de les TRA: per tal aconseguir l'embaràs les intervencions s'apliquen sobre el seu cos.

La dona, independentment del seu estat civil o orientació sexual, haurà de ser major de 18 anys i gaudir de plena capacitat d'obrar per a recórrer a les tècniques (art. 6.1 LTRHA). Tota dona que compleixi aquests requisits, d'entre els quals no hi figura la necessitat de matrimoni o convivència en parella<sup>86</sup>, i presti el seu consentiment escrit a la utilització de les TRA de forma lliure, conscient i expressa podrà sotmetre's a una reproducció assistida. L'expressió de voluntat pot revocar-se en qualsevol moment de la seva realització *anterior* a la transferència embrionària (art. 3.5 LTRHA)<sup>87</sup>.

<sup>81</sup> SEF. Consentimientos informados (*versión actualizada a 16 de febrero de 2017*), Madrid, 2017. Totes les versions digitals a: <http://www.sefertilidad.net/index.php?seccion=biblioteca&subSeccion=consentimientosESP>; última visita: 05.02.2017.

<sup>82</sup> A part dels qui recorren a les TRA o els qui són donants, la LTRHA exigeix altres consentiments per actes que, al no afectar directament a la qüestió que ens ocupa, no s'analitzaran: els arts. 11, 15 i 16 regulen els consentiments per decidir el destí de gàmetes i preembrions crioconservats i, finalment, l'art. 13 regula el consentiment necessari per a realitzar tècniques terapèutiques sobre el preembrió.

<sup>83</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J. "Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde", Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, op. cit., p. 224.

<sup>84</sup> FARNÓS AMORÓS, E. *Consentimiento a la reproducción asistida...*, op. cit. p. 69.

<sup>85</sup> ALKORTA IDIAKEZ, I. *Regulación Jurídica...*, op. cit. p. 238.

<sup>86</sup> No s'oblidi l'art. 6.1 LTRHA, que permet ser mare en solitari perquè no exigeix que estigui casada ni que visqui en parella.

<sup>87</sup> La revocació del consentiment és aplicable també al consentiment del cònjuge de la usuària, tot i que es contempli en atenció a la fecundació *post mortem* (art. 9.2 LTRHA). La situació es complica quan per la fecundació assistida s'ha utilitzat el material genètic de la parella i aquests s'han guardat en bancs autoritzats. Sobre la pregunta en torn quin és el destí d'aquestes mostres genètiques *vid. FARNÓS AMORÓS, E. Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Barcelona, Atelier, 2011, p. 75.

L'art. 3.4 LTRHA ja transcrit preveu que el consentiment del recurs a les TRA per cada dona receptora quedarà reflectit en un formulari on es farà menció de les condicions concretes en què es porti a terme la seva aplicació. En concret, l'apartat 1<sup>r</sup> del mateix article estableix que només pot iniciar-se un tractament d'aquestes característiques quan existeixin possibilitats d'èxit raonables i no suposi un risc greu per la salut física o psíquica tant de la dona com de la possible descendència. En tot cas també s'haurà d'informar sobre els possibles riscos (art. 6.2 LTRHA).

Amb aquest consentiment també s'assumeix la filiació resultant, la qual quedarà determinada d'acord amb el model tradicional del nostre sistema basat en el principi romà segons el qual la mare sempre és certa (arts. 120.4 CCE, 10.2 LTRHA i 235-3 CCCat)<sup>88</sup>.

Aplicar les TRA sense consentiment constitueix un delictes d'intromissió a la integritat física que es tipifica en l'art. 161 del CP i es castiga amb la pena de 2 a 6 anys i inhabilitació especial per a la feina o càrrec públic, professió o ofici per temps d'1 a 4 anys.

## ***2.2. El consentiment del cònjuge de la usuària***

A més de la usuària també el marit que hi accedeixi amb ella, apporti o no el seu material reproductor, ha de prestar el consentiment per poder fer ús de les TRA. L'art. 6.3 LTRHA exigeix que, per a iniciar qualsevol tècnica, en el cas que la dona receptora estigui casada i no separada legalment o de fet, és necessari el consentiment del marit, que s'haurà de prestar de forma lliure, conscient i formal. És important remarcar que el consentiment exigít, depenent del tipus de fecundació a què es dirigeixi, influirà més o menys decisivament a la filiació. En la homòloga – amb material reproductor propi – el consentiment del marit es dirigeix tant a autoritzar l'ús dels seus gàmetes com a acceptar l'establiment de la paternitat resultant. L'autorització per fer ús dels gàmetes propis no pot perllongar la seva eficàcia més enllà de la seva mort (art. 9.1 LTRHA). En la fecundació heteròloga el consentiment del marit només incideix acceptar la paternitat.

La doctrina ha discutit si aquest consentiment és un requisit per tal que la dona casada es pugui sotmetre a la inseminació, adoptant el consentiment forma de *licència matrimonial*, o bé si és una norma que està pensada als efectes de determinació de la filiació, que impedeix que el marit que hagi consentit pugui impugnar la paternitat. Descartada la interpretació segons la qual la dona casada no es pot sotmetre a les TRA sense consentiment del seu marit – perquè LTRHA ho permet a dones en solitari –, l'art. 6.3 LTRHA té efectes quant a la filiació i enllaça el consentiment amb la presumpció de paternitat matrimonial, que entra en joc quan hi ha matrimoni i, en el seu sí, hi ha descendència, ja sigui a través de procreació natural o assistida.

---

<sup>88</sup> FARNÓS AMORÓS, E. *Consentimiento a la reproducción asistida...*, op. cit. p. 91. Explica que a Espanya alguns autors interpreten l'al·lusió que l'art. 120.4 CCE fa al *naixement* per a determinar la filiació materna no matrimonial a ("respecte de la mare, quan es faci constar la filiació materna en la inscripció de naixement practicada dins de termini, d'acord amb el disposat a la Llei del Registre Civil") a favor del criteri tradicional de determinació de la maternitat pel fet del part. A la LTRHA aquest model resulta de la regla especial relativa a la prohibició de la maternitat subrogada, que fixa que la filiació es determina pel part. A Catalunya, a partir del CF, es va incorporar una regla general, avui recollida en l'art. 235-3 CCCat, disposant que "*la filiació per naturalesa, en relació a la mare, resulta del naixement...*".

Si es tracta d'un matrimoni homosexual de dues dones no s'exigeix el consentiment de la cònjuge de la dona receptora per a poder accedir a les TRA, amb la justificació que en un supòsit com aquest no podria operar la presumpció de maternitat<sup>89</sup>. Cosa diferent és el consentiment prestat a la determinació de la filiació per part de la cònjuge de la receptora, que més endavant s'analitza.

### **2.3. El consentiment de la parella no casada de la usuària**

Només l'art. 8.2 LTRHA fa referència a l'home no casat: *“Es considera escrit indubtable als efectes que preveu l'apartat 8 de l'article 44 de la Llei 20/2011, de 21 de juliol, del Registre Civil el document estès davant el centre o servei autoritzat en el qual es reflecteixi el consentiment a la fecundació amb contribució de donant prestat per un home no casat amb anterioritat a la utilització de les tècniques. Queda estàlvia la reclamació judicial de paternitat”*.

Cal fer quatre puntualitzacions al tenor literal del precepte: en primer lloc, la referència que es fa a l'art. 44.8 LRC ha d'entendre's feta a l'art. 44.7 LRC conforme a la redacció que atorga a aquest precepte la Llei 19/2015<sup>90</sup>. En segon lloc, es fa referència a *l'home no casat* però no s'exigeix cap forma de convivència. A més a més, només s'al·ludeix a la fecundació heteròloga, amb contribució de donant; per tant, la LTRHA no regula els consentiments rellevants a efectes de l'establiment de la paternitat a favor de l'home no casat amb la mare. Finalment, en aquest cas tampoc es fa esment de les parelles en convivència estable homosexuals de dones.

En qualsevol cas, l'article no exigeix de *l'home no casat* un consentiment necessari sense el qual la seva dona no pugui recórrer a les TRA, a diferència del que passa amb el marit.

Igualment com en l'apartat anterior, el consentiment de l'home no casat només serveix per a l'accés però no és font directa de determinació de la filiació. Tanmateix, l'article facilita que tal consentiment plasmat en un document sanitari d'autorització constitueixi una via per a determinar la filiació d'acord amb el que preveu l'art. 44.7 LRC, és a dir, mitjançant la tramitació del corresponent expedient registral sense oposició del MF o de la part interessada.

Els consentiments vistos fins aquí tenen un abast diferent en quant a les conseqüències que impliquen. És necessari concloure que la referència exclusiva al consentiment de la dona i el marit per accedir a les TRA és insuficient. L'accés a les mateixes pot tenir lloc en el marc d'un projecte parental diferent del tradicional entre esposos, per això seria plausible configurar com a necessaris el consentiment a les TRA per part de *l'home/dona no casats* amb la mare o la *dona cònjuge de la receptora*. Per contra,

---

<sup>89</sup> A l'EM de la Llei 13/2005: *“subsiste no obstante la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118 del Código, dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales. Por otra parte, y como resultado de la disposición adicional primera de la presente ley, todas las referencias al matrimonio que se contienen en nuestro ordenamiento jurídico han de entenderse aplicables tanto al matrimonio de dos personas del mismo sexo como al integrado por dos personas de distinto sexo”*.

<sup>90</sup> BENAVENTE MOREDA, P. “Los errores de legislar en paralelo: la problemática aplicación de las reglas sobre filiación (determinación, acciones de reclamación e impugnación) en la filiación derivada del uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, *Oñati Socio-legal Series*, v. 7, núm. 1, 2017, p. 16. Destaca que la incorrecta remissió que fa el text a l'apartat 8 i no al 7 deriva del fet que, en la redacció del Projecte de Llei de 23 de juny de 2014, l'apartat 7 de l'art. 44 LRC feia referència als supòsits d'inscripció de la filiació dels nascuts a l'estranger mitjançant gestació per substitució. Aquest apartat va ser suprimit i, en el seu lloc, es va situar l'apartat que constava com a 8.

actualment la LTRHA només recull els consentiments de l'home *no casat* amb la dona i el de la dona unida en matrimoni amb aquesta última a efectes de la determinació de la filiació i no com a requisit indispensable per a accedir a les TRA. Pel què fa a la dona *no casada* amb la mare, només el CCCat, en el seu art. 235-13, atorga efectes al consentiment prestat al centre sanitari, tot i que legalment no s'exigeixi per la LTRHA.

En quant a la revocació del consentiment, que només es preveu per la dona usuària en l'art. 3.5 LTRHA, com ja s'ha vist, la doctrina opina que això no impedeix a l'altra part del projecte parental revocar el consentiment prestat. Tindria sentit revocar el consentiment a la fecundació homòloga, no permetent utilitzar els propis gàmetes per la pràctica de les tècniques i el potencial consegüent establiment de la filiació. En canvi, la revocació a la fecundació heteròloga, si bé evitaria la determinació de la filiació anteriorment consentida, no impediria que la receptora pogués continuar amb el procés (art. 6.1 LTRHA). Fins i tot en aquest darrer cas, si qui revoqués a la fecundació heteròloga fos el marit de la dona receptora, continuaria entrant en joc la presumpció de paternitat matrimonial que, òbviament, podria ser destruïda en seu judicial<sup>91</sup>.

En tots els casos el consentiment és un acte personalíssim que no pot ser prestat per representants, independentment de que hi hagi autorització judicial o no (art. 9.4 Llei 41/2002 i art. 7.2 *in fine* Llei 21/2000). A més a més, per quant al consentiment informat d'accés a les TRA mai podrà ser considerat implícit o tàcit perquè aquests tractaments es caracteritzen per ser voluntaris i el metge no pot decidir com si es tractés d'un tractament d'urgència vital [art. 9.2.b) Llei 41/2000 i art. 7.1.b) Llei 21/2000]<sup>92</sup>. De fet la omisió de dades, consentiments i referències exigides, així com la falta de realització de la història clínica en cada cas, esta qualificada d'infracció greu per l'art. 26.2.b) 3<sup>a</sup> LTRHA, sancionat amb una multa oscil·lant entre els 1.001 i 10.000 euros i la revocació de l'autorització concedida al centre o servei de reproducció assistida (*vid.* Cap. V de la LTRHA).

En el pròxim apartat s'analitzarà quins són els títols d'atribució de la filiació per tal que quedi determinada. Es tracta de fer un anàlisi detallat de com es conjuga la determinació de la filiació a través de les TRA partint de la remissió que fa l'art. 7.1 LTRHA a les *Lleis civils*, les regles específiques que introdueix, i la importància que atorga al consentiment.

### **3. Determinació extrajudicial de la filiació**

Val a dir que, no obstant centrar l'anàlisi en la determinació extrajudicial, es faran les oportunes matisacions relatives a la determinació judicial de la filiació, quan sigui convenient. Per a una millor comprensió de l'entramat de supòsits possibles que a continuació s'examinen cal partir de l'esquema adjunt a l'annex 1.

La línia analítica que se seguirà en cadascun dels casos és: 1) Veure si opera alguna de les excepcionalitats introduïdes per la LTRHA; 2) Aplicar, si procedeix, les regles del CCE i del CCCat

<sup>91</sup> FARNÓS AMORÓS, E. *Consentimiento a la reproducción asistida...*, op. cit. p. 84.

<sup>92</sup> *Ibidem* p. 82 i 83.

al cas concret; 3) Senyalar els problemes que presenta l'aplicació de les regles generals previstes als Codis i proposar, si s'escau, reformes de *lege ferenda*.

### **3.1. Fecundació homòloga**

#### **3.1.1. Fecundació homòloga matrimonial**

##### **3.1.1.1. Matrimoni heterosexual**

Recordi's que el marit, amb l'expressió del seu consentiment en els termes de l'art. 6.3 LTRHA, només admet la paternitat del fill nascut. No es preveu cap norma específica per determinar la filiació relativa al supòsit de parella heterosexual casada que vulgui portar a terme una procreació assistida amb el material genètic del marit. En conseqüència és necessari acudir al CCE i CCCat per determinar extrajudicialment la paternitat, d'acord amb les regles que regeixen la filiació per naturalesa. Aquest és el supòsit menys problemàtic perquè coincideix la veritat biològica amb la voluntat d'assumir la paternitat.

##### **A) Regulació al CCE**

Com que el CCE no preveu la utilització de les TRA quan estableix els títols de determinació de la filiació, aquesta s'ha d'assimilar a la procreació natural i són aplicables les presumpcions previstes per la filiació per naturalesa. Això es corrobora si, a més a més, tenim en compte la literalitat de l'art. 7.2 LTRHA: *“en cap cas la inscripció en el RC reflectirà dades de les que pugui inferir-se el caràcter – assistit - de la generació”*.

En conseqüència, si el naixement es produeix dins dels terminis que estableix l'art. 116 CCE (*“després de la celebració del matrimoni i abans dels 300 dies següents a la seva dissolució o a la separació legal o de fet dels cònjuges”*) això suposarà l'aplicació de la presumpció de paternitat matrimonial i el nascut es reputarà fill del marit de la mare<sup>93</sup>. Aquesta presumpció està basada en la proximitat de la situació amb la família natural i no sempre es basa en qui és efectivament el pare sinó en qui té més probabilitats de ser-ho<sup>94</sup>.

El naixement d'un fill de dona casada implica que inicialment la paternitat s'atribueixi al seu cònjuge, que no necessàriament ha d'haver manifestat la seva voluntat al respecte, si bé seria el més normal. Si el marit hagués consentit, es donaria una plena coincidència entre l'element volitiu (paternitat voluntària) i l'element genètic i biològic (paternitat biològica), essent determinant el biològic. Si, per contra, no consent, el marit podria impugnar la filiació determinada pel joc de la presumpció legal,

<sup>93</sup> PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de técnicas...*, op. cit., p. 80: *“el Derecho conoce el momento del matrimonio y el del parto, (que depende en IA del momento de la concepción, y en FIV del de la transferencia) y teniendo en cuenta estos dos momentos se incluirá en el supuesto de matrimonialidad en sentido estricto”*.

<sup>94</sup> FARNÓS AMORÓS, E. *Consentimiento a la reproducción asistida...*, op. cit. p. 92. Apunta molt encertadament que aquesta probabilitat tradicionalment ha recaigut en el marit de la mare encara que en alguns ordenaments com el català [art. 235-10.1.a) CCCat], s'estén també per les parelles estables, amb la diferència que la presumpció no és automàtica i només opera en el marc d'una acció judicial de filiació i pot ser destruïda amb tota classe de proves en el judici corresponent.



la qual cosa difícilment prosperaria perquè la prova de paternitat demostraria que n'és el pare biològic. Això explica que l'art. 6.3 LTRHA configuri el consentiment del marit de la receptora com un requisit necessari per autoritzar que la dona casada pugui accedir a les TRA, siguin mitjançant fecundació homòloga o heteròloga. Altra cosa és que, a la pràctica, la dona casada aconsegueixi accedir-hi sense el seu consentiment i, en aquest cas – molt excepcional - igualment regeixi la presumpció de paternitat. Aquesta, com es comentava, podria ser desvirtuada amb la manca de consentiment com a element de prova, que poc valor té si s'està en la regulació ja comentada del CCE. Això no impediria que es pogués demanar responsabilitat civil tant al metge com a la dona, per utilitzar en la fecundació el seu material genètic sense el seu consentiment.

La LTRHA no conté cap regla especial que impedeixi impugnar la filiació prèviament consentida derivada de fecundació homòloga, a diferència del que passa amb la heteròloga, com es veurà, d'acord amb l'art. 8.1 LTRHA. Per això l'autora defensa que, si la norma existeix en seu de fecundació heteròloga, amb més raó el marit que va consentir a la utilització del seu material genètic tampoc podrà impugnar la filiació que pugui resultar.

La possibilitat d'impugnar la filiació derivada de fecundació heteròloga no consentida, que s'infereix de la lectura *a contrario* de l'art. 8.1 LTRHA, unida a la naturalesa *iuris tantum* de la presumpció de paternitat matrimonial, permet qüestionar si cap la impugnació de la paternitat pel pare biològic que no va consentir a l'aplicació de les TRA, o que no ho va fer en els termes legals <sup>95</sup>.

Vista la presumpció de l'art. 116 CCE, és necessari veure l'aplicació dels l'art. 117<sup>96</sup> i 118<sup>97</sup> CC, que preveuen, respectivament, el cas que el fill neixi dins dels 180 dies següents a la celebració del matrimoni (el que s'anomena *règim de matrimonialitat debilitada*) i el cas que el fill neixi passats els 300 dies de la dissolució o separació legal o de fet (*no vigent la presumpció de paternitat*).

En el primer cas, si el fill neix després de la celebració del matrimoni, però dins dels 180 dies següents a la celebració, encara s'està dins la presumpció de paternitat; no obstant això, la matrimonialitat del fill no és automàtica sinó que es precisa d'un reconeixement ja sigui exprés o tàcit del marit o bé el coneixement de l'embaràs de la dona amb anterioritat a la celebració del matrimoni. Per regla general, a la filiació per naturalesa, si no es compleix amb aquest reconeixement, es pot exercir la facultat de desconeixement de la paternitat dins dels 6 mesos següents al coneixement del part. En el cas de coneixement de l'embaràs de la dona amb anterioritat a la celebració del matrimoni també es

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 93. L'art. 8.1 LTRHA també al·ludeix a la inimpugnabilitat de la filiació matrimonial però derivada de fecundació heteròloga (amb contribució de donant o donants): “*ni la dona progenitora ni el marit, quan hagin prestat el seu consentiment formal, previ i exprés, a determinada fecundació amb contribució de donant o donants, podran impugnar la filiació matrimonial del fill nascut com a conseqüència de tal fecundació*”.

<sup>96</sup> **Art. 117 CCE:** “*Nacido el hijo dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto. Se exceptúan los casos en que hubiere reconocido la paternidad expresa o tácitamente o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio, salvo que, en este último supuesto, la declaración auténtica se hubiera formalizado con el consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo*”.

<sup>97</sup> **Art. 118 CCE:** “*Aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos*”.

PÉREZ MONGE, M., *La filiació derivada...*, op. cit., p. 87. Alguns consideren que l'art. 118 CCE és criticable perquè l'estat civil del fill queda a discreció dels pares segons decideixin o no inscriure'l com a matrimonial; altres entenen que l'expressió de la voluntat és signe de la veritat biològica (amb major raó en el cas que l'home manifestés el seu consentiment per la utilització dels seus gàmetes en l'expedient mèdic corresponent).

podrà exercir tal facultat si dins dels 6 mesos següents al naixement del fill es presenta una declaració autèntica amb el consentiment d'ambdós cònjuges en què el marit desconeixi la paternitat del menor.

Doctrina consolidada afirma que *“el principi de normalitat que fonamenta la presumpció (...) es manifesta de la següent manera: si el marit reconeix expressa o tàcitament el fill engendrat després del matrimoni per la seva dona; o si coneixia d'abans del seu embaràs; o si, encara fora d'aquestes circumstàncies complementàries, no el desconeix formalment en un termini immediat, és – sens dubte – per quant té la convicció de ser obra seva, fins i tot anterior a la celebració del matrimoni”*<sup>98</sup>.

Ara bé, en el cas de les TRA, d'acord amb l'art. 117 CCE, el marit tindria la facultat de desconeixement? El desconeixement no es vincula amb la veracitat biològica, per tant, el consentiment prestat per determinar la filiació permet exercir aquesta facultat si es té en compte que les excepcions a l'exercici d'aquesta facultat són el reconeixement exprés o tàcit de la paternitat i el coneixement de l'embaràs abans de la celebració del matrimoni?

En essència, el consentiment prestat per l'accés a les TRA és substancialment diferent al reconeixement de la paternitat, tot i que pot precedir-lo. Sens perjudici que a la pràctica, la majoria de vegades concorre el reconeixement, el consentiment a les TRA i el reconeixement són coses diferents: aquest últim no sembla possible si no és a partir de la concepció, per tant, l'anterior consentiment per la IA no implica el reconeixement posterior. En conseqüència, si només existís el consentiment a les TRA i el naixement es produís en el termini de l'art. 117 CCE, el marit podria desconèixer de la paternitat perquè no jugaria contra ell el reconeixement exprés o tàcit de la paternitat. Per a determinar-la sols quedarien les accions de reclamació, que possiblement prosperarien amb èxit, perquè es comptaria amb un element de prova potent: el consentiment.

No obstant això, també hi ha doctrina <sup>99</sup> que opina al contrari, a l'entendre que el consentiment del marit, qualsevol que sigui la seva forma, suposa un reconeixement exprés o tàcit de la seva paternitat.

El que serà més difícil provar per a poder desconèixer la paternitat és acreditar la ignorància de l'embaràs de la dona. Podria donar-se en algun supòsit particularment estrany que el marit al·legués que coneixia i va consentir a la IAC però ignorava l'èxit de la mateixa. Tot i així, aquesta al·legació s'enervaria per anar en contra dels propis actes i la bona fe, a més que l'expedient mèdic podria servir de mitjà de prova de la seva paternitat biològica i, en aquest cas, també jurídica<sup>100</sup>.

En conclusió, quan s'utilitzin les TRA i el fill neixi en els 180 dies des del de la celebració del matrimoni, la paternitat correspondrà en principi al marit, d'acord amb l'art. 108 i 117 del CCE (per

<sup>98</sup> SANCHEZ REBULLIDA, F. a LACRUZ BERDEJO, J.L et al., *Elementos de Derecho Civil*, op. cit. p. 625.

<sup>99</sup> BERCOVITZ Y RODRIGUEZ-CANO, R. “La filiación inducida y las clasificaciones legales”, Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, op. cit., p. 126: “El consentimiento para que se proceda a IA de su (futura) mujer, cualquiera que sea la forma en que haya sido prestado supone un reconocimiento expreso o tácito de su paternidad. Luego en estos casos, acreditado el consentimiento, el marido no podrá destruir (...) la presunción de paternidad mediante una declaración auténtica en contrario”. Igualment RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Las acciones de filiación y las técnicas de reproducción asistida” a LLEDÓ YAGÜE, F. (Coord.) *Cuadernos de derecho judicial...*, op. cit., p. 289: “el consentimiento del marido para IAC puede interpretarse como reconocimiento tácito y el casi seguro conocimiento del embarazo impedirán la destrucción de la presunción de paternidad matrimonial”.

<sup>100</sup> PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada...*, op. cit., pp. 93 i ss.

remissió de l'art. 7.1 LTRHA) i serà matrimonial. En aquest cas, el títol de determinació de la filiació serà la inscripció de naixement juntament amb la inscripció del matrimoni dels pares (art. 115-1 CCE). El marit podrà destruir la presumpció de paternitat mitjançant declaració però és poc probable que ho faci per anar en contra dels propis actes i de la bona fe. Si ho fes, difícilment tindria èxit perquè probablement no concorrerien els requisits previstos per l'art. 117 CCE – pensi's en la ignorància de l'embaràs -, a més d'una dada molt important: les proves biològiques de paternitat demostrarien que el pare del nascut perquè va aportar el gàmeta masculí.

En el segon cas, l'art. 118 CCE considera el cas que el naixement es produeixi passats els 300 dies des de la separació dels cònjuge. De ser així, per tal que el fill s'inscrigui com a matrimonial serà necessari el consentiment d'ambdós cònjuges. Aquest article s'ha de conjugar amb el contingut de l'art. 6.3 LTRHA, que estableix: *“si la dona estigués casada, es precisarà, a més, el consentiment del seu marit, a menys que estiguessin separats legalment o de fet i així consti de manera fefaent”*. El que preveu aquest últim sembla que no casa bé amb l'art. 118 CCE: mentre que el 118 CCE permet el consentiment per la determinació de la filiació si hi ha separació legal o de fet i han transcorregut 300 dies des d'aquesta, l'art. 6.3 LTRHA – consentiment del marit a les TRA - no preveu cap consentiment si els cònjuges es troben separats, legalment o de fet. Per tant, tot i no ser necessari prestar el consentiment per a accedir a les TRA si el matrimoni ja està separat, amb el posterior consentiment d'ambdós, el nadó es podrà inscriure com a fill matrimonial d'ambdós.

En conclusió, el que tindria ple sentit seria donar el consentiment tant per la pràctica de la fecundació a la dona - art. 6.3 LTRHA - com per la inscripció de la filiació *ex* art. 118 CCE. Sempre seria necessari aquest segon consentiment i, en cas de no prestar-lo, per determinar la paternitat només podria entaular-se una acció de reclamació d'aquesta, la qual seria difícilment exitosa si no hi ha constància del consentiment del marit en l'accés a les TRA.

Vistos els dos supòsits dels arts. 117 i 118 CCE, la qüestió plantejada doctrinalment és si s'hauria de modificar el règim vist en els dos casos anteriors - que han portat a afirmar la possibilitat del desconeixement, en el primer cas, i la necessitat del consentiment de l'art. 118 CCE, en el segon cas -, apel·lant a la doctrina dels actes propis o al principi de la bona fe<sup>101</sup>. La resposta donada per la mateixa doctrina és que no es poden modificar els criteris previstos en el CCE i que, en tot cas, de fer-ho, la doctrina dels actes propis i el principi de bona fe afectarien de manera diferent al supòsit de l'art. 117 i 118 CCE. Mentre que la facultat de desconeixement es podria descartar per atemptar contra el consentiment per a accedir a les TRA donat anteriorment pel marit, no es pot imposar extrajudicialment que el marit presti el consentiment a la inscripció com a matrimonial del fill nascut de la seva ex-esposa.

---

<sup>101</sup> VERDERA SERVER, R. “Comentario a los artículos 7 y 8: filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida”, COBACHO GOMEZ, J.A. (Dir.) / INIESTA DELGADO, J.J. (Coord.), *Comentarios a la Ley 14/2006...*, op. cit. p. 269.

Certes veus doctrinals<sup>102</sup> insisteixen en remarcar que el fill nascut per mitjà de IAC, després de la celebració del matrimoni i abans dels 300 dies següents a la seva dissolució o a la separació legal o de fet dels cònjuges serà matrimonial i, com a tal, accedirà al Registre Civil (per aplicació de l'art. 7.1 LTRHA i 108 i 116 CCE).

En quant al seu accés al RC, absolutament necessari per a que la determinació de la filiació desplegui efectes, l'art. 115 CCE estableix que la filiació matrimonial materna i paterna quedarà determinada legalment: o bé per la inscripció del naixement juntament amb la del matrimoni dels pares (determinació extrajudicial) o bé per sentència ferma (determinació judicial).

D'acord amb l'art. 44.4 LRC, per inscriure al fill com a matrimonial serà suficient el certificat mèdic acreditatiu de l'engendrament de la mare i la constància del matrimoni respecte del pare.

És indiferent qui i com s'efectuï la inscripció de naixement i no és necessari que sigui el marit de la mare qui realitzi la declaració, tot i que li serà atribuïda la paternitat<sup>103</sup>.

## **B) Regulació al CCCat**

Pel què fa al CCCat, la filiació dels nascuts en virtut de fecundació assistida de la dona *casada* es troba regulada, dins la filiació per naturalesa, a l'art. 235-8: “1. *Els fills nascuts a conseqüència de la fecundació assistida de la muller, practicada amb el consentiment exprés del cònjuge formalitzat en un document estès davant d'un centre autoritzat o en un document públic, són fills matrimonials del cònjuge que ha donat el consentiment*”. El precepte es refereix al *cònjuge*, per tant, aquest pot ser o bé un home o bé una dona: preveu tant els matrimonis heterossexuals com els formats entre persones del mateix sexe (vegeu apartat 3.1.1.2).

En síntesi, els requisits necessaris per tal que la determinació de la filiació es produeixi són:

- a) El consentiment del marit *ex.* art. 6.3 LTRHA per a accedir a les TRA, que haurà de ser lliure, conscient, exprés i per escrit, quedant-ne constància en el document estès davant de centre autoritzat (document sanitari d'autorització)<sup>104</sup>.
- b) El consentiment prestat en virtut de l'art. 6.3 LTRHA servirà també *ex.* art. 235-8 CCCat per atribuir la paternitat. Podria donar-se que tal consentiment consti en document públic. De les dues maneres s'entén que si el marit dona el seu consentiment a les TRA, automàticament se li atribueix la paternitat del fill que neixi<sup>105</sup>.

<sup>102</sup> RODRIGUEZ CASTRO, J. “La Ley 35/1988, de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida y el Registro Civil”, *Actualidad Civil*, núm. 3, 1990, p. 744.

<sup>103</sup> VERDERA SERVER, R. *La reforma de la filiació*, op. cit., p. 59.

<sup>104</sup> L'art. 8.2 LTRHA, pel consentiment a la fecundació heteròloga prestat per home no casat, s'hi refereix com “escrit indubtable”.

<sup>105</sup> Vid. EGEA FERNÁNDEZ, J. / FERRER RIBA, J., *Codi Civil de Catalunya i legislació complementària amb notes de concordança i jurisprudència*, 15ª ed., Barcelona, Atelier, 2016, p. 269. Art. 235-3 CCCat: “La filiació per naturalesa, amb relació a la mare, resulta del naixement; amb relació al pare i la mare es pot establir pel reconeixement, **pel consentiment a la fecundació assistida de la dona**, per l'expedient registral o per sentència, i, únicament amb relació al pare, pel matrimoni amb la mare.

No obstant la formulació del consentiment com a títol aparentment autònom (*vid.* art. 235-3 CCCat), la presumpció de paternitat matrimonial, que en el CCCat es recull en l'art. 235-5.1<sup>106</sup>, és una presumpció no merament processal sinó que és una forma de determinació de la filiació que regeix de forma automàtica *ex lege* quan concorren els seus requisits propis: no és desplaçada per l'art. 235-8 CCCat perquè no és necessària la voluntat del marit per tal que operi. En conseqüència, el que fa el consentiment és reforçar-la.

S'ha dit que el títol del consentiment és aparentment autònom perquè, a part del joc de la presumpció marital, si s'atén a l'art. 235-28.2 CCCat<sup>107</sup> es plasma que tampoc el legislador català ha eliminat tot el protagonisme a l'element biològic perquè suprimeix la possibilitat que pugui impugnar-se la determinació de la filiació quan s'ha aportat el material genètic i, per tant, s'és pare biològic.

El fet que els gàmetes siguin procedència del cònjuge també afecta a la determinació judicial de la filiació perquè, si bé no es podrà impugnar la filiació, en tot cas serà possible la reclamació perquè els gàmetes són del cònjuge i, encara que manqui el consentiment, el fonament de la reclamació continua essent el principi de veritat biològica (art. 235-20 CCCat<sup>108</sup>). Això fa que ens situem en un context híbrid en què voluntat i biologia conflueixen.

### **C) Accés a les TRA sense el consentiment del marit, tant en el CCE com en el CCCat**

Si bé ja s'ha apuntat de forma puntual, i tot i tractar-se de casos excepcionals, és oportú fer síntesi de què passa quan la procreació assistida es duu a terme amb material genètic del marit però sense el seu consentiment<sup>109</sup>. L'excepcionalitat rau en què, quan s'utilitza el material genètic d'una persona sempre s'ha de comptar amb el seu consentiment; per tant, es tracta de casos de mala praxi mèdica. Com que la LTRHA tampoc conté cap norma específica relativa a aquest supòsit, s'han d'aplicar de forma extensiva les normes del CCE i CCCat.

En primer lloc, el que succeiria és que s'incorreria en la infracció de l'art. 6.3 LTRHA, que exigeix el consentiment del marit de la dona usuària de TRA.

<sup>106</sup> Art. 235-5 CCCat: "1. Es tenen per fills del marit els nascuts després de la celebració del matrimoni i dins els tres-cents dies següents a la separació, judicial o de fet, dels cònjuges o a la declaració de nul·litat o a la dissolució del matrimoni."

<sup>107</sup> Art. 235-28 CCCat: "1. Perquè prosperi qualsevol acció d'impugnació de la paternitat matrimonial i no matrimonial, s'ha de provar d'una manera concloent que el presumpte pare no és progenitor de la persona la filiació de la qual s'impugna. 2. Si la filiació deriva de la fecundació assistida de la mare, l'acció d'impugnació no pot prosperar si la persona la paternitat o maternitat de la qual s'impugna va consentir la fecundació d'acord amb els articles 235-8 o 235-13, i tampoc, en cap cas, si és progenitor biològic del fill".

Al respecte FARNÓS AMORÓS, E. *Consentimiento a la reproducción asistida...*, op. cit. p. 92. Matisa que amb el darrer incís, novetat en dret espanyol, el legislador català considera preferent la veritat biològica, sens perjudici de les responsabilitats en què puguin incorrer la mare i el centre de reproducció assistida on es va dur a terme la fecundació homòloga sense consentiment del marit. La majoria de legislacions del nostre entorn es limiten a prohibir la impugnació de la filiació derivada de fecundació prèviament consentida, o només preveuen la possibilitat d'impugnar la filiació que pugui derivar de la fecundació heteròloga realitzada sense els consentiments legals. "La manca de referència expressa a la possibilitat d'impugnar la filiació derivada de fecundació homòloga no consentida en els termes legals només s'explica perquè és clar que no opera la seva impugnació".

En contra VERDERA SERVER, a COBACHO (dir.) / INIESTA, op. cit., pp. 228-229: la configuració del consentiment com un criteri determinant per la determinació de la filiació derivada de TRA hauria de permetre impugnar la paternitat en aquests casos. <sup>108</sup> Art. 235-20 CCCat: "1. El pare, la mare i els fills, per si mateixos o mitjançant llurs representants legals, si escau, poden exercir l'acció de reclamació de la filiació matrimonial durant tota la vida. (...)".

<sup>109</sup> Exemples que proposa PÉREZ MONGE, M., *La filiació derivada...*, op. cit., p. 108: 1. El marit no dona el seu consentiment en cap moment i la dona s'autoinsemina; 2. El marit presta el seu consentiment però posteriorment el revoca; 3. El marit dona el seu consentiment per a fer una prova mèdica i s'acaba realitzant IAC.

Des d'un punt de vista biològic, el marit hauria de ser considerat pare del fill per aplicació de la presumpció de paternitat de l'art. 116 CCE i 235-5 CCCat. El problema, per tant, és probatori i s'hauria de resoldre en seu judicial. La LTRHA no prohibeix la impugnació de la paternitat matrimonial en la fecundació homòloga, a diferència del que passa amb l'heteròloga (art. 8.1 LTRHA).

Part de la doctrina entén que el marit pot impugnar la paternitat per aplicació de l'art. 8.1 LTRHA *a contrario*, donat que aquest precepte impedeix la impugnació de la paternitat al marit quan *va consentir* a la fecundació de la seva dona amb material genètic donat. Per tant, si falta el consentiment, es podrà impugnar la paternitat<sup>110</sup>. Ara bé, les mateixes veus doctrinals consideren que la impugnació difícilment prosperaria perquè es demostraria que l'impugnant és el pare biològic i el supòsit s'assimilaria al que succeeix a la procreació natural quan també manca la voluntat de procrear: es desestimaria l'acció d'impugnació per ser el marit considerat indiscutiblement pare legal del nascut en virtut del principi de veracitat biològica (en virtut de l'expedient mèdic o prova de paternitat).

Altra doctrina<sup>111</sup> insisteix en que s'han de considerar les peculiars característiques de la filiació derivada de les TRA, en les que té un pes fonamental el consentiment dels interessats. Per tant, que s'ha d'estimar la impugnació basada en la manca de consentiment tot i que genèticament el fill provinguí del marit de la mare.

La opinió més encertada, per atendre a la literalitat de la llei quan encara no hi ha jurisprudència clara al respecte, defensa que no és aplicable l'art. 8.1 LTRHA perquè: a) L'art. 7.1 LTRHA remet a les lleis civils, a excepció de les especialitats; b) No existeix a la LTRHA regulació expressa: l'art. 8.1 LTRHA regula el cas en què el marit consent la intervenció amb semen de donant, però no amb el seu propi. La seva finalitat és que no pugui prosperar una acció d'impugnació de paternitat interposada per un home que se sotmet a la prova biològica de paternitat, coneixent el seu resultat negatiu, perquè aniria en contra dels seus propis actes; c) En la fecundació homòloga no cal fer ús de l'esmentat article ja que, igualment, el resultat de la prova biològica de paternitat seria positiu.

Si s'apliquessin les regles del CCE sobre impugnació conduirien a desestimar la pretensió perquè s'inspiren en el principi de veracitat biològica i el consentiment no és criteri per determinar la filiació: la seva absència no serviria per excloure la paternitat del marit, i més si es té en compte el principi de *favor filii*<sup>112</sup>. En conseqüència el marit hauria d'assumir la paternitat del nascut perquè encara que es produís la impugnació aquesta difícilment prosperaria. En tot cas el marit tindria la possibilitat

<sup>110</sup> SERRANO ALONSO, "Aspectos de fecundación artificial, *Actualidad Civil*, 1989, p. 394.

<sup>111</sup> VERDERA SERVER, R. *La reforma de la filiación*. op. cit. p. 278.

<sup>112</sup> PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada...*, op. cit., p. 108. No seria conforme amb aquest principi que una actuació "deslleial" de la mare o del metge tingués com a conseqüència que el nascut manqués de pare legal. En el mateix sentit a la p. 111, molt encertadament, apunta que part de la doctrina afirma que la determinació de la paternitat es regula per regles generals, és a dir, per la procedència dels gàmetes i que "el consentiment del marit per la IAC és irrellevant a efectes de la determinació de la filiació matrimonial en circumstàncies ordinàries"<sup>112</sup>. Certament, la importància atribuïda a la voluntat a la filiació derivada de TRA perd la seva eficàcia en favor d'altres principis (*favor filii* principalment, que aconsella que el nascut tingui pare, a més de la presumpció de paternitat i la concurrència de l'element genètic en aquest cas). Vid. també DELGADO ECHEVERRÍA, J. "Los consentimientos relevantes...", op. cit., p. 109.

d'exigir responsabilitat civil pels danys i perjudicis tant patrimonials com morals que li causés el naixement d'un fill no desitjat, front de la seva dona i/o front al centre de reproducció assistida<sup>113</sup>.

Si el fill naixés després de la celebració del matrimoni però dins dels 180 dies següents a aquesta, la regla de l'art. 116 CCE i 235-5 CCCat referent a la presumpció de paternitat fa que el nascut sigui reputat inicialment fill del marit. Malgrat aquesta primera atribució, si faltés el consentiment, seria factible l'exercici de la facultat de desconeixement, amb el que es destruiria la presumpció de paternitat i el fill no seria considerat del marit, sempre i quan concursessin els elements que es descriuen en l'art. 117 CC o 235-6 CCCat: a) Que el marit hagués conegut l'embaràs abans de contreure matrimoni, llevat que el desconeixement de la paternitat es fes amb consentiment de la muller; b) Que el marit hagués reconegut la paternitat de forma expressa o tàcita. En el CCCat s'hi afegeix una excepcionalitat: c) Que la mare demostrés l'existència de relacions sexuals amb el marit durant el període legal de la concepció, qüestió de difícil prova.

En el mateix sentit es pronuncia el CCCat, aquest estipulant el supòsit específic de la fecundació assistida (recordeu l'art. 235-28.2) i impeding impugnar la filiació en cap cas si s'és progenitor biològic del fill, i tampoc si s'ha consentit a la fecundació assistida complint tots els requisits legals.

Si el naixement es produeix transcorreguts 300 dies des de la separació legal o de fet dels cònjuges, i el marit no ha consentit, no té cabuda la inscripció de la filiació com a matrimonial prevista a l'art. 118 CCE perquè es fa necessària la concurrència del consentiment d'ambdós cònjuges (és una espècie de reconeixement per part del marit de la seva intervenció en la concepció)<sup>114</sup>.

En l'art. 235-5.2 CCCat es requereix que es provi que el naixement ha estat conseqüència de les relacions sexuals entre els cònjuges – novament: qüestió difícilment provable -, per tant, tampoc podria determinar-se la filiació per aquesta via. En conseqüència, tot i la relació genètica amb el fill, seria necessari exercitar una acció de reclamació de la paternitat matrimonial en què es contraposarien la paternitat genètica i la manca de voluntat del marit en la fecundació de l'esposa (arts. 131 o 132 i 235-20 CCCat<sup>115</sup>).

---

<sup>113</sup> Vid. PANTALEÓN PRIETO, F. "Procreación artificial y responsabilidad civil". Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, op. cit. p. 280-282.

<sup>114</sup> Alguns consideren que l'art. 118 CCE és criticable perquè l'estat civil del fill queda a discreció dels pares segons decideixin o no inscriure'l com a matrimonial; altres entenen que l'expressió de la voluntat és signe de la veritat biològica (amb major raó en el cas que l'home manifestés el seu consentiment per la utilització dels seus gàmetes en l'expedient mèdic corresponent). PÉREZ MONGE, M., *La filiació derivada...*, op. cit., p. 87.

<sup>115</sup> **Art. 131 CCE:** "*Qualsevol persona amb interès legítim té acció per tal que es declari la filiació manifestada per la constant possessió d'estat. S'exceptua el supòsit en què la filiació que es reclama contradigui una altra legalment determinada*".

**Art. 132 CCE:** "*A falta de la corresponent possessió d'estat, l'acció de reclamació de la filiació matrimonial, que és imprescriptible, correspon al pare, a la mare o al fill. Si el fill morís abans de transcórrer 4 anys des que aconseguís plena capacitat, o durant l'any següent al descobriment de les proves en què s'hagi de fundar la demanda, la seva acció correspon als seus hereus pel temps que faltés per completar els citats terminis*".

**Art. 235-20 CCCat:** "*1. El pare, la mare i els fills, per sí mateixos o mitjançant llurs representants legals, si escau, poden exercir l'acció de reclamació de la filiació matrimonial durant tota la vida. L'acció interposada pels fills pot ésser continuada per llurs descendents o hereus. 2. Els descendents o els hereus dels fills poden exercir l'acció de reclamació de la filiació matrimonial, dins el temps que resti per completar el termini de 2 anys comptadors des del descobriment de les proves en les quals es fonamenta la reclamació. 3. Si quan el fill mor no han transcorregut 4 anys des de l'assoliment de la majoria d'edat o des de la recuperació de la plena capacitat, els descendents o els hereus del fill poden exercir o continuar l'acció de reclamació de la filiació matrimonial, dins el temps que resti per a completar aquest termini, si és superior al de 2 ans que fixa l'apartat 2*".

Finalment, si l'accés a les TRA es produeix després del matrimoni, la LTRHA no exigeix el consentiment de l'ex-marit del qual provenen els gàmetes i la filiació esdevindria extramatrimonial pel què fa a la mare (supòsit de mare en solitari) i, en el seu cas, també respecte l'ex-marit si hi hagués reconeixement<sup>116</sup> o es declarés així com a conseqüència de l'exercici d'una acció de filiació.

Com a proposta *de lege ferenda* la doctrina suggereix la prestació del consentiment a les tècniques en document públic i atribuir a aquest els efectes tant de consentiment informat per a sotmetre's a les TRA com de títol de determinació de la paternitat susceptible d'inscripció al RC. Aquest consentiment desplegaria efectes des de la seva prestació fins la seva revocació, que s'hauria de realitzar també en document públic; per tant, produiria efectes immediatament. D'aquesta manera es proporcionaria una major seguretat jurídica en una matèria relativa a l'estat civil del menor. En tot cas, de moment es considera que són necessàries mesures preventives, inspirades en el principi de benefici del fill i la seva protecció, per tal d'evitar conflictes sobre filiació<sup>117</sup>.

### **3.1.1.2. Matrimoni format per dues dones**

Recordeu que la Llei 13/2005 permet que dues persones del mateix sexe puguin contraure matrimoni (art. 44 CCE i art. 231-2 CCCat). Tanmateix, als matrimonis formats per dues dones els és impossible tenir descendència de forma natural, amb el seu propi material genètic, i necessàriament han d'accedir a formes alternatives com l'adopció<sup>118</sup> o la fecundació heteròloga, que s'analitzarà en l'apartat corresponent.

### **3.1.1.3. Fecundació *post mortem* a la LTRHA i al CCCat**

Una de les majors ampliacions de l'autonomia de la voluntat és la reproducció artificial *post mortem*, que implica la decisió d'una individu de ser considerat progenitor després de traspassar. Aquesta possibilitat ha estat permesa a Espanya des de la primera LTRA de 1988<sup>119</sup> i actualment es troba

---

<sup>116</sup> És un mitjà de determinació extrajudicial de la filiació no matrimonial al que es dediquen els arts. 120 i ss. CCE i 235-9 i ss. CCCat. Consisteix en una declaració de voluntat per la que s'admet que ha existit el fet biològic de la procreació de la que ha nascut el fill sobre el que recau el reconeixement i sobre el qual s'admet la pròpia paternitat o maternitat. DíEZ PICAZO, G. (Coord.), *Derecho de familia*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2012, p. 1644.

<sup>117</sup> PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada...*, op. cit., p. 115.

<sup>118</sup> Es permet ja sigui conjunta (per ambdós cònjuges a la vegada) o successiva (que el cònjuge adopti els fills del seu consort), d'ençà de la modificació de l'art. 175.4 CCE<sup>118</sup> per la Llei 13/2005. **Art. 175.4 CCE:** "Ningú pot ser adoptat per més d'una persona, excepte que l'adopció es realitzi conjunta o successivament per ambdós cònjuges. El matrimoni celebrat amb posterioritat a l'adopció permet al cònjuge l'adopció dels fills del seu consort (...)".

<sup>119</sup> Prohibida en l'ordenament jurídic francès, així com a Alemanya, Bulgària, República Txeca, Dinamarca, Hong Kong, Itàlia, Japó, Noruega, Singapur, Eslovènia, Suècia, Suïssa i Taiwan. En concret, en el cas francès és l'art. L. 2141-2 del Codi de la salut pública que expressa que configuren obstacles a la inseminació o a la transferència d'embrions el decés d'un dels membres de la parella, etc. Per contra, esta permesa en ordenaments jurídics com Àfrica del Sud, Austràlia, Àustria, Bèlgica, Grècia, Índia, Israel, Nova Zelanda, Països Baixos o Regne Unit. En aquest sentit HERRERA, M. "Filiación post mortem y voces jurisprudenciales comparadas pseudo progresistas", *InDret* 1/2007, p. 12-14, que subratlla la "poca utilitat o efecte prohibitiu té que es denegui la fecundació post mortem en un país quan en el del costat es permet, estant tant a prop", a propòsit del cas que va resoldre el Consell d'Estat francès en data 31.05.2016: acció iniciada per una dona davant d'un jutge de *référé*s del tribunal administratiu de París, amb fonament en l'art. L. 521-2 del Codi de Justícia Administrativa, amb l'objectiu que s'ordenés a l'Assistència Pública i a l'Agència de Biomedicina, l'adopció de les mesures necessàries per l'exportació de gàmetes del seu marit, mort el 09.07.2015. Relacionada amb el cas vegeu la notícia POCH, R., "Francia autoriza la inseminación post mortem de una viuda española", 01.06.2016, *lavanguardia.com*. Accessible a través de: <http://www.lavanguardia.com/vida/20160601/402185528956/francia-inseminacion-post-mortem-viuda-espanola.html>; última visita: 14.04.2017.



regulada tant a l'art. 9 LTRHA, sota l'enunciat de “*premorència del marit*”, com a l'art. 235-8 i 13 CCCat<sup>120</sup>.

### **A) Regulació a la LTRHA**

L'art. 9 LTRHA comença fixant la regla general segons la qual no es podrà establir cap relació jurídica entre el fill nascut per l'aplicació de les tècniques i l'home que traspasa quan el material reproductor d'aquest no es trobi a l'úter de la dona a la data de la mort de l'home. L'apartat segon formula una excepció a la regla general i permet la determinació de la filiació respecte del difunt, sempre i quan es compleixin una sèrie de requisits.

*“1. No podrà determinar-se legalment la filiació ni reconèixer-se efecte o relació jurídica entre el fill nascut per l'aplicació de les tècniques regulades en aquesta Llei i el marit difunt quan el material reproductor d'aquest no es trobi en l'úter de la dona a la data de la mort de l'home.*

*2. No obstant el disposat en l'apartat anterior, el marit podrà prestar el seu consentiment, en el document a que es fa referència en l'art. 6.3, en escriptura pública, en testament o document d'instruccions prèvies, per tal que el seu material reproductor pugui ser utilitzat en els 12 mesos següents a la seva mort per fecundar a la seva dona. Aquesta generació produirà els efectes legals que es deriven de la filiació matrimonial. El consentiment per l'aplicació de les tècniques en aquestes circumstàncies podrà ser revocat en qualsevol moment anterior a la realització d'aquelles (...)”.*

En conseqüència, en aquest supòsit existeix un conflicte entre dos interessos: el dret a procrear de la vídua o companya de fet (art. 10.1 CE) i l'interès del fill a néixer amb progenitors que li prestin assistència de tot ordre durant la minoria d'edat (art. 39.3 i 4 CE). El legislador ha vetllat pel primer<sup>121</sup>, sempre que existeixi consentiment per part del difunt a la utilització *post mortem* del seu esperma – atorgat amb certes formalitats – i que la inseminació de la dona es produeixi en un determinat termini de temps des de la mort. A continuació es desglossen els requisits subjectius, objectius, formals i temporals que disposa l'article per la determinació de la filiació quan la fecundació ha estat *post mortem*. A tots aquests s'hi ha de sumar la necessària mort del marit o company, o bé la seva declaració de mort.

Per quant als subjectes, és una possibilitat prevista tant pels matrimonis com per les parelles sense cap vincle matrimonial<sup>122</sup> però sempre heterosexuals donat que només es permet la fecundació homòloga, amb material propi del difunt<sup>123</sup>. Amb “*l'al·lusió expressa en el precepte a que l'home*

<sup>120</sup> Aquest últim article del CCCat s'analitza a l'at 3.1.2. perquè s'ha d'encasellar dins la filiació no matrimonial.

<sup>121</sup> En contra RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., “Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España: la reproducción post-mortem y la doble maternidad” a BENAVENTE MOREDA, P. / FARNÓS AMORÓS, E. *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinària a un fenómeno global y actual*, Madrid, BOE Ministerio de Justicia, 2015, p. 100-107. Aposta per fer prevaldre l'interès del fill, més dèbil, per tal que no se'l privi de néixer amb un progenitor que pugui complir en front d'ell el deure d'assistència – tant material com afectiva - de tot ordre. L'argument més destacable que apunta per a fonamentar la seva decisió és que el principi de l'interès superior del menor ha de ser objecte d'una consideració primordial per part del legislador (art. 3.1 de la Convenció sobre els Drets del Nen de 20 de novembre de 1989; art. 2 de la LO 1/1996, de 15 de gener, de Protecció Jurídica del Menor). A més a més, el dany que pateix el dret a procrear de la vídua o companya no és tant gran si es té en compte la possibilitat oberta de tenir descendència amb altres persones.

<sup>122</sup> Aquest segon cas es comenta a l'apartat 3.1.2 relatiu a la filiació no matrimonial.

<sup>123</sup> Es va establir així a l'hora de promulgar la LTRA de 1988, que també només autoritzava l'ús *post mortem* de gàmetes del marit, supòsit més freqüent. De fet, l'*affaire Parapalaix vs. CECOS*, resolt en sentència d'1 d'agost de 1984 pel Tribunal de Grande Instance de Creteil, que va ser difós internacionalment per ser un cas anterior a l'existència de regulació en aquell país, presentava aquest perfil.

*consenti a la utilització del seu material reproductor, queda fora (...) el consentiment per tal que la seva dona o parella de fet s'insemini amb gàmetes d'un un tercer per que li doni un fill després de mort*"<sup>124</sup>.

La LTRHA únicament preveu que qui sobrevisqui sigui la dona (*"fallecimiento del marido / del varón no unido por vínculo matrimonial"*). No seria lògic que es permetés quan fos el marit ja que la única via per a gestar el fill seria la gestació per substitució, prohibida *ex art. 10 LTRHA*<sup>125</sup>.

En el cas que l'esposa contragués noves núpcies després de la mort de l'ex-marit la doctrina exigeix considerar una cautela instrumental que pot materialitzar-se en que la vídua no pugui sol·licitar la fecundació *post mortem*, per tal que no interfereixin les presumpcions de paternitat a favor del nou cònjuge<sup>126</sup>. Un altre sector de la doctrina opta per defensar que la normativa exigeixi la inclusió a l'expedient proves de sang de l'home que presta el seu consentiment, que tindrien la finalitat d'assegurar que el nen que neix és realment fill del difunt i, a l'hora, no privar a la vídua de contraure noves núpcies<sup>127</sup>.

Des de l'entrada en vigor de l'art. 7.3 LTRHA una dona casada amb una altra dona hauria de poder preveure la utilització dels seus òvuls amb caràcter pòstum, per part de la seva parella. No obstant això, ni el legislador estatal ni el català han tingut en compte aquest supòsit: tot i la possibilitat de determinar la filiació derivada del recurs a TRA a favor de dues dones, casades o no, els arts. 235-82 i 235-13.2 CCCat segueixen fent referència a la mort del marit o de l'home que conviu amb la mare. Una autora justifica aquesta limitació en la regulació vigent perquè la fecundació *post mortem* només es preveu pel cas en què el material reproductor procedeixi d'ambdós cònjuges o convivents, difunt i supervivent, sense que es permeti aquella en la qual intervingui esperma d'un donant<sup>128</sup>.

Pel què fa a l'àmbit objectiu, el precepte regula dues hipòtesis diferents: la fecundació *post mortem* en sentit estricte i la transferència *post mortem* de preembrions<sup>129</sup>. Això es dedueix no només de la

---

Per tant, d'una banda, es descarta la possibilitat que es tracti de dos homes perquè admetre això seria incoherent amb la prohibició legal de la gestació per substitució *ex art. 10 LTRHA*, doncs sempre seria necessari l'úter d'una dona. D'altra banda, si es tracta de dues dones, la qüestió no es resol i la doctrina ha entès que s'hauria de resoldre per l'art. 7.3 LTRHA, que permet la doble maternitat legal. Del tenor literal de l'art. 9.2 LTRHA s'infereix que no permet aquest tipus de reproducció quan intervingui el semen d'un donant, essencial en les unions de dues dones, per a garantir una vinculació mínima entre el difunt i el menor.

<sup>124</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., *Determinación de la filiación en el código de familia de Cataluña*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 73 i 197. Senyala que mancaria de sentit i causa quan es portés a terme amb gàmetes d'un donant perquè no es donaria la mínima vinculació amb el mort que permetés explicar aquesta situació singular.

Per contra, FERNÁNDEZ CAMPOS, J., "Comentario al artículo 9" a COBACHO GOMEZ, J.A. (Dir.) / INIESTA DELGADO, J.J. (Coord.), *Comentarios a la Ley 14/2006...* op. cit. p. 322. Entén que *"no estem en presència d'un requisit enunciat explícitament a la llei pel qual només s'autoritza la procreació assistida post mortem homologa, sinó que es dedueix dels termes empleats (...); un requisit com aquest (...) no pot deduir-se d'una locució poc afortunada – es refereix a utilització del seu material reproductor – sinó que mereix una consagració explícita per part del legislador, i més quan contradiu (...) al règim general admès"*.

<sup>125</sup> Així ho apunta RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., "Nuevos dilemas jurídicos...", op. cit., p. 94.

<sup>126</sup> ALKORTA IDIAKEZ, I., *Regulación Jurídica...*, op. cit. p. 374. També SERRANO ALONSO, E., "Aspectos de la fecundación...", p. 397.

<sup>127</sup> RIVERO HERÁNDEZ, F. a LACRUZ BERDEJO, J.L et al., *Elementos de Derecho Civil...*, op. cit., p. 903 y PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada...* op. cit. p. 298.

<sup>128</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *Reproducción artificial post mortem. Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 16-18.

<sup>129</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., "Nuevos dilemas jurídicos..." op. cit., p. 92. L'autora defensa que l'objectiu del seu treball és demostrar que un tractament rigorós de la matèria exigeix diferenciar el règim jurídic dels dos supòsits contemplats en l'article: *"Por fecundación artificial post mortem se entiende de manera exclusiva la introducción en los órganos genitales femeninos del semen del hombre difunto por medio distinto al contacto sexual"* (en aquest cas, per tant, el fill és procreat després de la mort).

finalitat de la norma sinó de la incorporació del nou paràgraf en l'art. 9.2 LTRHA, que afegeix una presumpció de consentiment, com es veurà.

Tocant als requisits formals, s'ha de diferenciar el consentiment exigít per la fecundació *post mortem* en sentit estricte de l'exigít per la transferència de preembrions *post mortem*. En ambdós casos pot ser revocat en qualsevol moment anterior a la realització de les TRA.

- En la fecundació *post mortem* en sentit estricte (IA o FIVTE), el consentiment lliure, conscient, exprés, formal i personalíssim del marit té per objecte autoritzar l'ús del seu semen després de la seva mort per tal que la seva dona pugui ser inseminada. Aquest cal que quedi plasmat, d'acord amb l'enumeració *numerus clausus* del precepte<sup>130</sup>: a) en el document de l'art. 6.3 LTRHA (document "clínic" de consentiment informat per autoritzar les pràctiques de reproducció assistida<sup>131</sup>); b) en escriptura pública; c) en testament; o d) en document d'instruccions prèvies<sup>132</sup>. S'han ampliat considerablement les formes de consentiment que disposava la LTRA de 1988, que només preveia el testament i l'escriptura pública<sup>133</sup>.
- En la transferència de preembrions, com a novetat de la LTRHA, es presumeix atorgat el consentiment quan el cònjuge sobrevivent hagués estat sotmès a un procés ja iniciat per a la transferència de preembrions constituïts amb anterioritat a la mort del marit.

---

*"El segundo supuesto hace referencia a la transferencia a la mujer, después de la muerte del hombre, de preembriones de la pareja constituidos mediante fecundación in vitro con anterioridad a la muerte del marido o del compañero, supuesto en el que la fecundación no ha sido, por tanto, post mortem", però sí ho és, en aquest darrer cas, la implantació, gestació i engendrament. Tot i ser l'expressió "post mortem" la més generalitzada, es refereix estrictament a la possibilitat de IA amb semen conservat del marit/home i obvia la segona possibilitat per això alguns autors opten per denominar-la "reproducció assistida" o "procreació" post mortem. En aquest sentit, respectivament: BERCOVITZ RODRÍGUEZ, R. "Reproducción asistida post mortem", *Aranzadi Civil*, 2001, núm. 2, p. 2166 i PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada...* op. cit. p. 249.*

<sup>130</sup> S'infereix de la Interlocutòria de l'AP de Santa Cruz de Tenerife núm. 160/2010, de 02.06.2010 (AC 2010/1755; Padilla Márquez, María del Carmen), que denega la sol·licitud d'una viuda per tal que se li autoritzi la inseminació amb l'esperma del seu difunt marit perquè el consentiment d'aquest estava plasmat en una carta mecanografiada firmada per ell, la seva mare i la seva germana.

<sup>131</sup> Es desprèn de l'art. 6.3 LTRHA, que senyala la necessitat del consentiment del marit si la dona receptora està casada, a menys que estiguessin separats legalment o de fet i així consti fefaentment; i de l'art. 3.4 LTRHA, que subratlla que l'acceptació de les tècniques per cada dona receptora es portarà a terme en un formulari de consentiment informat.

La Interlocutòria del JPI núm. 4 de Valladolid, de 12.12.2007 (AC 2011/553), que va denegar l'autorització sol·licitada per D. Estela, en el seu FJ 2<sup>a</sup> disposa que: *"Ese consentimiento es un requisito genérico que no determina la autorización "post mortem", pues tal interpretación conduciría a la absurda conclusión de que, dado todas las mujeres casadas que inician el tratamiento han de ser autorizadas por su marido, éste consentiría siempre el uso de su material genético después de su muerte, pues la firma del documento previsto en el art. 6.3 equivaldría a tal autorización (...). Lejos de entenderlo así, el art. 9 es claro al exigir una autorización expresa y rotunda del marido. Lo único que la Ley ha matizado en la reforma del año 2006 es que, además de los documentos tradicionalmente vinculados a mayores formalidades, como las escrituras públicas o los testamentos, hay otros documentos, como el del art. 6.3, en los que se puede incorporar esa autorización"*.

La Interlocutòria núm. 1887/2003 del JPI de València núm. 13, de 13.05.2003 (AC/2003/1887), va entendre que l'estat de coma del marit durant 11 anys quadra amb la situació de separació de fet de l'art. 6.3 esmentat i d'aquí que la necessitat del consentiment marital resulti eliminada (FJ 4<sup>o</sup>). Òbviament una conseqüència d'això és que el fill de la promovent no ho podrà ser del seu espòs.

<sup>132</sup> Es regula a la Llei 41/2002. És aquell document pel qual una persona major d'edat, capaç i lliure, manifesta anticipadament la seva voluntat, per tal que es compleixi en el moment en què no sigui capaç d'expressar-la, sobre les cures i el tractament de la seva salut, o, una vegada arribada la mort, sobre el destí del seu cos o dels òrgans d'aquest. D'acord amb RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., "Nuevos dilemas jurídicos...", op. cit., p. 114, és dubtós que una donació d'òrgans sigui equiparable a la disposició d'esperma.

<sup>133</sup> La LTRA de 1988 es limitava a admetre l'escriptura pública o el testament. Per això, segons la doctrina anterior a la reforma operada per la LTRHA de 2006, no s'admetria un consentiment implícit en la voluntat de procrear o deduït d'haver recorregut i haver autoritzat en vida l'ús de les tècniques. Aquesta opinió es deriva de la Interlocutòria núm. 82/2000 de l'Audiència Provincial de A Coruña, 4<sup>a</sup>, de 03.11.2000 (AC 2001/183) i de la RDGRN núm. 2/2002 de 24.09.2002 RDGRN (RJ 2003/2453). La última no va admetre que s'inscrivís la filiació paterna en un cas de transferència d'embrions pòstuma no consentida però que havia estat iniciada amb anterioritat a la mort.

En tots els casos el formulari per a recollir el consentiment de l'extracció i conservació del semen hauria de contenir una pregunta directa a l'home que fos relativa a l'ús del seu material reproductor després de la mort. D'aquesta manera s'evitarien litigis que discutissin la voluntat del difunt.

Si es compleix el requisit formal descrit, el material reproductor podrà ser utilitzat en el termini dels 12 mesos següents al traspàs per a fecundar a la dona de l'home. Aquest termini no és fixat explícitament en el cas de transferència de preembrions<sup>134</sup>. El precepte, en l'apartat segon, i posteriorment a fixar el termini, continua dient que “*tal generació produirà els efectes legals que es deriven de la filiació matrimonial*”.

Una de les qüestions més controvertides, a part de les formalitats del consentiment, que també han donat lloc a pronunciaments judicials, és la funcionalitat del termini dels 12 mesos següents a la mort de l'home. La doctrina justifica que s'inclou perquè, amb el naixement d'un nou fill del difunt podrien veure's perjudicats els drets hereditaris de tercers<sup>135</sup>. Per tant, només té efectes per la determinació de la filiació. Si no es compleix el requisit temporal no s'impedeix iniciar el tractament de IAC o FIV *post mortem*, sempre que existeixi consentiment, sinó que únicament no procedeix la determinació de la filiació<sup>136</sup>.

La LTRHA ha ampliat favorablement el termini en relació amb la LTRA de 1988, que el fixava en 6 mesos. El canvi va venir propiciat per considerar que el termini era breu per tal que la vídua estigués en les condicions adequades per prendre la decisió d'inseminar-se. Però podria dir-se que actualment és suficient el termini d' any, tenint en compte que l'èxit d'aquestes tècniques no depèn exclusivament de la perícia professional? Depèn de la perspectiva que s'adopti: des del punt de vista dels drets dels tercers, veus doctrinals apunten a que “*el termini de l'any sembla sensat. No queda*

---

<sup>134</sup> Per RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., “Nuevos dilemas jurídicos...”, op. cit. p.8. La diferència de tracte està justificada perquè s'està en supòsits diferents, mereixedors d'una consideració també diferent. En la transferència hi ha un preembrió no concebut i no nascut, encara que sigui *in vitro* i no a l'úter. L'interès digne de protecció hi és: possibilitar el desenvolupament de la vida de l'embrió no implantat. En la IA (fecundació en sentit estricte) únicament es té el material reproductor de l'home.

<sup>135</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., “Nuevos dilemas jurídicos...”, op. cit. p. 115.

<sup>136</sup> Tant FERNÁNDEZ CAMPOS, J. op. cit., a COBACHO (Dir.) / INIESTA, op. cit., p. 328, com MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. “Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las Técnicas de reproducción asistida” a ABEL LLUCH, X. (Coord), *Cuadernos de derecho judicial: el juez civil ante la investigación biomédica*, Madrid, CGPJ, núm. 10, 2004, p. 290.

La Interlocutòria núm. 53/2016, del JPI núm. 51 de Barcelona de 09.02.2016 dona una resposta al respecte. Es tracta d'un expedient de JV sobre autorització d'inseminació *post mortem*. Els fets són: el Sr. X. i la Sra. A. mantenen una relació de parella estable des de 2001 i contrauen matrimoni el 2008. Com que no aconsegueixen l'embaràs de forma natural, acudeixen a un centre ginecològic en el qual inicien una IAC el 2011 que no resulta ser exitosa. El març de 2012 se li extreu a A. un pòlip uterí i el mes següent es produeix una gestació espontània que culmina en un avortament també espontani, amb la mala sort que l'1 d'agost del mateix any el marit traspasa. Li havia estat diagnosticada, a principis de maig de 2012, una neoplàsia de recte amb metastasis pulmonar i van decidir crioconservar mostres seminals. En conseqüència de l'esdeveniment la dona cau en depressió, sol·licita baixa laboral, és acomiadada de la feina i pateix un accident de cotxe. Tot i que constantment visita el centre ginecològic, se li indica l'impediment de realitzar una TRA pel seu estat emocional i laboral. Finalment, el març de 2015 se li comunica la impossibilitat d'utilitzar les mostres criopreservades.

El Jutjat recorda que, si bé la fecundació *post mortem* esta permesa amb bastanta amplitud a la LTRHA, no és menys cert que davant casos com el plantejat apareixen llacunes respecte la possible utilització de la fecundació assistida com a mitjà per a completar un projecte de paternitat comú i suspès a causa de la mort del marit (FJ 1<sup>o</sup>). La clínica, d'acord amb l'art. 7.2.b) del RD 413/1996, necessita comptar amb el consentiment del difunt per a la utilització del seu material genètic *post mortem* i perquè, a més, la sol·licitud es va realitzar quan ja havien transcorregut més de 12 mesos des de la mort. El Jutjat entén que els requisits de l'art. 9 LTRHA i l'art. 235-8.2 del CCCat s'exigeixen per la determinació de la filiació i no a la IA [com també va decretar la SAP de Barcelona, 1<sup>a</sup>, 19.11.2012 (JUR/2013/31747; MP: Viñas Maestre, M.D.). El Jutge conclou que X. va prestar el consentiment de forma lliure, conscient i formal el 08.05.2012, quan li havia estat diagnosticada la neoplàsia. El coneixement de la malaltia i la possibilitat de mort es pot desprendre conforme a les regles del criteri humà per permetre les presumpcions judicials (art. 386 LEC), amb la qual cosa es desprèn explícitament que autoritzava la utilització del seu semen per a inseminar l'esposa tot i que es donés la fatídica circumstància de mort.

*excessivament oberta en el temps la successió hereditària, de manera que no es menyscaben els drets dels tercers, siguin o no fills del causant; d'altra banda, el futur nen, una vegada neixi, pot gaudir de drets successoris*"<sup>137</sup>.

De la interpretació de tot l'exposat es conclou que una cosa és l'autorització per a la inseminació i l'altra la determinació de la filiació. En ambdós casos és necessari el consentiment, si bé en el segon l'inici de la fecundació s'ha de dur a terme dins d'un termini. El requisit del consentiment, amb l'ampliació de formes de la LTRHA, és més flexible i, atenent les circumstàncies del cas, es pot considerar atorgat, sobretot amb l'ampliació que formes que ha dut a terme la LTRHA. En canvi, i per contra, el requisit temporal s'ha de complir rigorosament perquè deriva de la necessària seguretat jurídica i afecta a tercers per quant als seus drets successoris. Tot i així, es tracta d'una qüestió complexa i part de la doctrina considera que la solució idònia seria que l'art. 9.1 LTRHA establís una prohibició relativa tant a la possibilitat d'engendrar com a la de determinar la filiació un cop transcorregut el corresponent termini. "*Mentrestant, si es produeix el naixement, s'ha de protegir l'interès del menor i reconèixer-se la paternitat respecte del difunt, amb totes les seves conseqüències, inclosos els drets successoris*"<sup>138</sup>.

## **B) Regulació al CCCat**

La regulació en l'art. 235-8 CCCat de la fecundació assistida *post mortem* amb semen del marit exigeix, igualment com la LTRHA, que la fecundació sigui amb gàmetes del marit (homòloga), però difereix en els requisits que cal complir per tal que el fill que en neixi "*es tingui per fill*" del difunt. Pel què fa al requisit formal del consentiment, no enumera el suport documental sobre el qual ha de quedar plasmat sinó que exigeix que la voluntat expressa del marit per a la fecundació assistida *post mortem* consti fefaentment a través de qualsevol forma d'expressió que permeti imputar aquesta declaració indubtablement al marit<sup>139</sup>. Referent al requisit temporal, el legislador català contempla un termini menor, en concret de 270 dies a partir de la mort del marit (9 mesos), prorrogables per un temps màxim de 90 dies (3 mesos) per l'autoritat judicial, sempre que hi hagi una justa causa<sup>140</sup>. Per

<sup>137</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., "*Nuevos dilemas jurídicos...*", op. cit. p. 116.

<sup>138</sup> PÉREZ MONGE, M., *La filiació derivada...*, op. cit., p. 312.

<sup>139</sup> GARCIA VICENTE, J.R., a EGEA I FERNÁNDEZ, Joan / FERRER I RIBA, Josep (Dirs.) – FARNÓS I AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre segon...* op. cit., p. 598: "*l'element principal és el consentiment específicament referit del marit o home a la fecundació assistida; no n'hi ha prou amb el seu consentiment a l'ús de les tècniques per part de la seva esposa o companya, sinó que ha de contemplar la seva pròpia mort i consentir la concepció pòstuma del seu fill*". S'exemplifiquen com a formes d'expressió del consentiment "*l'escriptura pública, el document clínic o sanitari en què es consenti l'ús de les TRA, el document de voluntats anticipades i el testament o el codicil (en aquests últims supòsits, un cop despleguin els seus efectes propis, art. 421-5, 421-18 i 421-20.3)*".

<sup>140</sup> El mateix termini es preveia per la Llei 7/1991, de 27 d'abril, de filiacions (art. 9), mantingut pel CF de 1998 (art. 92.2), que va afegir la possibilitat de prorroga per justa causa.

Tenint en compte la Interlocutòria comentada a la nota 136, és ineludible fer un breu esment de la notícia que a data de 24.03.2017 es va publicar a la premsa (J.RICOU, "*M'han robat gairebé un any per ser mare*", *La Vanguardia*, 24.03.2017, pp. 28-29 (edició impresa) donant a conèixer el cas d'una dona que va obtenir l'autorització judicial per a prosseguir amb la fecundació assistida *post mortem* tot i haver superat el termini dels 270 dies (9 mesos) que fixa la llei catalana. La justificació donada pel JPI de Barcelona va ser considerar que el primer tractament s'havia iniciat dins dels terminis i la clínica podia tornar a utilitzar el semen per a reprendre el tractament, independentment de la determinació de la filiació. Fins aquí sembla que estiguem en el mateix cas que l'anterior. El que ha provocat ressò mediàtic és que el MF ha recorregut la resolució centrant-se en que el termini fixat ja ha transcorregut i, per tant, no es pot continuar amb el procés, independentment que no s'hagués aconseguit l'embaràs en els primers intents. Davant d'això, l'advocada defensora del cas apunta que en el període tant curt que fixa la llei les possibilitats de ser mare

la seva banda, el CCCat afegeix un requisit que no s'inclou a la LTRHA: s'ha de limitar a un sol cas – referint-se a un sol naixement – comprès el part múltiple<sup>141</sup>.

### **3.1.2. Fecundació homòloga no matrimonial**

Quan la concepció té lloc mitjançant la fecundació homòloga, la LTRHA no regula els consentiments rellevants a efectes de l'establiment de la paternitat a favor de l'home *no casat* amb la mare. En canvi aquest sí que es regula pel cas de la filiació no matrimonial amb contribució de donant.

Davant la manca d'una regla específica opera la remissió que l'art. 7.1 LTRHA fa a les *Lleis civils* i per establir la filiació resultant d'aquest supòsit són aplicables les normes de filiació per naturalesa del CCE i el CCCat.

Com s'ha apuntat es regulen els consentiments rellevants a efectes de l'establiment de la paternitat a favor de l'home *no casat* amb la mare quan la concepció té lloc mitjançant fecundació heteròloga. Tant l'art. 8.2 LTRHA (referent a la fecundació heteròloga però extensible pel que aquí interessa) com el 235-13 CCCat es refereixen a l'home *no casat* i a l'home o la dona, sense més especificacions, respectivament. En cap dels casos s'exigeix que l'home tingui una relació de convivència amb la dona usuària de les TRA i, per tant, és irrellevant desplegar una explicació relativa al concepte d'unió de parella estable. És cert que en la iniciativa presentada pel Grup Parlamentari Socialista el 09.05.1987<sup>142</sup>, així com en el text aprovat per la Comissió Política Social i d'Ocupació (amb competència legislativa plena sobre TRA) el 27.05.1988<sup>143</sup>, s'al·ludia al concepte de parella estable<sup>144</sup>. El requisit va ser discutit per la Comissió Especial de FIV i IA humanes (*Informe Palacios*) i, davant dels problemes per provar l'estabilitat de la parella, així com també la facilitat de defraudar aquest requisit, es va decidir suprimir-lo<sup>145</sup>.

El més freqüent és que l'home que presta el consentiment sigui, a la vegada, convivent<sup>146</sup>, però també pot donar-se la possibilitat que no existeixi convivència i, tot i així, consenti a assumir la paternitat.

---

són nul·les si es té en compte el temps necessari de dol i els intents per a aconseguir l'embaràs. Per tant considera que una vegada iniciat el tractament dins de termini es pot continuar amb aquest fins que s'esgotin les mostres seminals del marit. En aquest moment s'està a l'espera de la resposta que pugui donar l'AP de Barcelona.

<sup>141</sup> El requisit d'un sol cas disposat en la normativa autonòmica es refereix no a una sola fecundació, sinó a un sol embaràs, doncs no tota fecundació resulta exitosa. En conseqüència, “és possible que es practiquin més d'una fecundació si les anteriors no han aconseguit l'embaràs”, GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> C. *Determinación de la filiación...* op. cit., p. 75 i 200. Per contra, FERNANDEZ CAMPOS, J.A., op. cit., a COBACHO (Dir.) / INIESTA, op. cit., p. 322: “en la mateixa línia que el requisit no pot ser una sola fecundació (...), la limitació no s'ha de referir tampoc a un embaràs, sinó a un naixement”.

<sup>142</sup> Proposición de Ley núm. 122/000062 sobre técnicas de reproducción asistida presentada por el Grupo Parlamentario Socialista («BOCG» núm. 74-1, de 09.05.1987).

<sup>143</sup> Aprobación por la Comisión con competencia legislativa plena de la Proposición de Ley núm. 122/000062 sobre técnicas de reproducción asistida («BOCG» núm. 74-11, de 27.05.1988).

<sup>144</sup> L'art. 7.3 del text presentat pel Grup Parlamentari Socialista i, en idèntic sentit, l'art. 7.4 del text aprovat per la Comissió esmentada, disposava: “El matrimoni o parella estable a la dona de la qual es realitzin aquestes tècniques de reproducció assistida, amb col·laboració de donants o sense ella, seran els pares legals del fill o fills així nascuts, sempre que hagin donat consentiment previ i fent una vegada coneguts tots els termes d'utilització de les tècniques a què fa referència aquesta Llei o les normes que el desenvolupin”.

<sup>145</sup> PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada...*, op. cit., p. 163.

<sup>146</sup> RIVERO HERÁNDEZ, F. a LACRUZ BERDEJO, J.L et al., *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., p. 234.

### **3.1.2.1. Parella heterosexual no casada**

El cas paradigmàtic és que la dona se sotmeti a les TRA amb el consentiment d'un home, convivent o no, que aporta els gàmetes masculins. Emperò podria no haver-hi consentiment, com es plantejarà en les següents línies.

El supòsit no planteja majors problemes atès que, independentment de la forma en què es produeixi la fecundació (IAD o FIV), existeix coincidència amb la veritat biològica i s'assimila a la filiació per naturalesa no matrimonial.

#### **A) Regulació al CCE**

En el CCE no existeix una presumpció de paternitat en el cas d'una parella en convivència estable (convivència que no és necessària per l'accés a les TRA), i la paternitat es determina en virtut del que disposa l'art. 120 CCE. Aquest precepte estableix que la filiació no matrimonial quedarà legalment determinada:

1. *En el moment de la inscripció del naixement, per la declaració conforme realitzada pel pare en el corresponent formulari oficial a què es refereix la legislació del Registre Civil*<sup>147</sup>.
2. *Pel reconeixement davant l'Encarregat del RC, en testament o en un altre document públic.*
3. *Per resolució recaiguda en expedient tramitat d'acord amb la legislació del RC.*
4. *Per sentència ferma.*
5. *Respecte la mare, quan es faci constar la filiació materna en la inscripció de naixement practicada dins de termini, d'acord amb el disposat a la LRC.*

L'article ha estat recentment modificat per la Llei 19/2015, que ha admès el reconeixement de la filiació mitjançant declaració incorporada al formulari oficial previst per a la inscripció de naixement<sup>148</sup>. Aquesta modificació ha estat conseqüència de la possibilitat – introduïda per la mateixa Llei a l'art. 44 de la LRC - d'inscriure els recent nascuts directament des dels centres sanitaris<sup>149</sup>.

Encara que la modificació de l'art. 120 CCE sigui la manifestació més evident de la reforma esmentada en l'àmbit del CCE, els canvis introduïts per la Llei 19/2015 a l'art. 44 de la LRC tenen repercussió immediata en tot el règim de filiació. El legislador ha descuidat que en un sistema com el del CCE la inscripció de naixement incideix decisivament en el pla de la filiació i, per tant, la modificació d'aquesta inscripció hi repercuteix<sup>150</sup>.

Per què s'ha considerat que el canvi de l'art. 120 CCE sorgeix de la possibilitat d'inscriure el naixement des dels centres hospitalaris? Aquesta facultat és una de les anomenades mesures

<sup>147</sup> Aquest primer apartat del CCE es va introduir per la DF 2ª de la Llei 19/2015.

<sup>148</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M. (Dir.) et. al., *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 332.

<sup>149</sup> Aquest article va entrar en vigor el 15 d'octubre de 2015 d'acord amb la DF 10ª de la Llei 19/2015. L'art. 44 LRC també va entrar en vigor en aquesta mateixa data d'acord amb la DF 10ª de la LRC. La inscripció de naixement és l'assentament registral, està per l'Encarregat del RC, que dona fe del fet del naixement, la data, hora i lloc en què es va produir, la identitat, el sexe i, en el seu cas, la filiació. El naixement produeix efectes civils des que es produeix però és necessari inscriure'l al RC per al ple reconeixement d'aquells.

<sup>150</sup> VERDERA SERVER, R. *La reforma de la filiación*. op. cit., p. 51.

CORA<sup>151</sup> que pretén que la inscripció dels recent nascuts ja no es realitzi a la oficina del RC sinó que es faci directament des dels centres sanitaris, “*a mode de ‘finestreta única’ on els pares, assistits pels facultatius que haguessin assistit al part, firmaran el formulari oficial de declaració al que s’incorporarà el part facultatiu acreditatiu del naixement, que es remetrà telemàticament des del centre sanitari al RC(...)*”<sup>152</sup>. Partint d’aquesta dada, la qüestió és si era necessari modificar el règim de filiació extramatrimonial del CCE. Si bé existien raons que permeten defensar la conveniència d’aquest canvi<sup>153</sup>, no era estrictament necessari: podria haver-se modificat la inscripció de naixement en el RC sense abordar també la formulació d’un nou mecanisme – que no títol, doncs es tracta del reconeixement ja previst en l’art. 120.2 CCE - de determinació de la filiació no matrimonial: en comptes d’expressar l’assumpció de la paternitat davant l’Encarregat del RC es permet fer-ho en el formulari oficial d’inscripció del naixement del nadó.

El reconeixement és un mitjà o títol legal de determinació de la paternitat/maternitat no matrimonial per la declaració de ciència que efectua qui reconeix, admetent les relacions sexuals amb la mare i la seva creença que el nascut és fruit d’aquelles relacions. És un mitjà legal perquè d’aquella afirmació la llei fixa la paternitat amb caràcter retroactiu al moment del naixement<sup>154</sup>. Tradicionalment aquest havia d’atorgar-se per compareixença davant l’Encarregat del RC, en testament o en document públic però actualment s’hauria d’afegir la declaració realitzada pel progenitor en el corresponent formulari oficial a què es refereix la LRC. Sigui com sigui, ja d’entrada es pot constatar com el reconeixement no és el mitjà més adequat per determinar la filiació dels concebuts amb l’ajuda de les TRA perquè l’element determinant en la fecundació assistida és el consentiment prestat per accedir-hi i no la coincidència entre l’element biològic-genètic i la paternitat jurídica, que, per contra, és la finalitat que persegueix el reconeixement.

No es pot oblidar que, ja amb anterioritat a la Llei 19/2015, la inscripció del naixement es duia a terme amb una flexibilitat de la què no gaudia la determinació de la filiació. Per inscriure el naixement era suficient la declaració de qui tingués coneixement cert d’aquell i el corresponent part facultatiu (arts. 42 i 44 LRC de 1957 que corresponen a l’art. 44.3 de la LRC de 2011 i art. 165 i ss. RRC). En canvi, per determinar la filiació s’havien de considerar majors cauteles, principalment per les vicissituds que podien produir-se i els efectes que comporta. Aquestes vicissituds es produeixen particularment en la filiació no matrimonial perquè, com s’ha dit, no regeix cap presumpció de paternitat i s’ha de dur a terme un reconeixement del fill com a propi.

<sup>151</sup> Comissió per la Reforma de les Administracions Públiques.

<sup>152</sup> Apartat IV del Preàmbul de la Llei 19/2015.

<sup>153</sup> VERDERA SERVER, R. *La reforma de la filiación*. op. cit., p. 56. La principal raó per la que es pot defensar la inclusió d’un nou supòsit en l’art. 120 CCE i la consegüent inclusió d’un altre mecanisme de determinació de la filiació no matrimonial es troba en què la finalitat de simplificació que presideix la Llei 19/2015, podia veure’s afectada si a aquella comunicació telemàtica només se li assignava transcendència en el pla d’inscripció del naixement i la determinació de la maternitat, i no en el de la filiació paterna no matrimonial. No era lògic que s’admetés que el presumpte pare pogués inscriure el naixement des del centre sanitari però després, per determinar la seva paternitat, hagués d’acudir als diferents mecanismes de l’art. 120 CC on es requeria la seva presència davant de l’Encarregat del RC per tramitar un expedient registral o l’exercici d’una acció de filiació.

<sup>154</sup> DEL POZO CARRASCOSA, P. / VAQUER ALOY, A / BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de familia*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 391



En conseqüència, un dels inconvenients del sistema que facilita la inscripció des dels centres sanitaris, però que incideix també en la determinació de la filiació, és que des dels hospitals es redueixen les inscripcions telemàtiques de naixement per evitar que es produeixin conflictes en torn la filiació, sobretot en els casos en què no resulta clara. En síntesi, la inscripció en els centres sanitaris es veu limitada no només quan sorgeixen problemes jurídics, tècnics o relatius a la inscripció de naixement, sinó també quan els problemes afecten a la filiació. Amb aquesta finalitat es preveuen una sèrie d'excepcions en què, davant la constatació de possibles problemes derivats de la filiació, no pot tenir lloc la inscripció davant dels centres sanitaris<sup>155</sup>.

Vista aquesta reforma, no poc pertorbadora, s'ha de respondre a la pregunta sobre quines dones poden quedar incloses en aquest supòsit, referit a la procreació homòloga amb consentiment d'home no casat amb la receptora. Part de la doctrina entén que tota dona, excepte la que està casada i no separada legalment o de fet, pot accedir amb un altre home *no casat* a les TRA perquè en l'art. 6.3 LTRHA s'explicita que si la dona estigués casada es precisaria, a més a més, el consentiment del marit<sup>156</sup>. Un altre sector doctrinal entén que pot sotmetre-s'hi qualsevol dona, independentment del seu estat civil, perquè no existeixen arguments suficients per a prohibir l'accés de la dona casada a les TRA sense consentiment del marit: aquesta podria accedir-hi amb un home que no fos el seu espòs. Emperò cal matisar que si el fill neix estant vigent la presumpció de paternitat seria necessari impugnar la filiació matrimonial per a poder inscriure al RC la filiació extramatrimonial<sup>157</sup>.

Seria desitjable, per proporcionar major seguretat jurídica, limitar la utilització de la procreació homòloga a parella *no casada*, quan la receptora no estigués casada amb un altre home o estigués

---

<sup>155</sup> VERDERA SERVER, R. *La reforma de la filiación*. op. cit., p. 61. Ni l'art. 120 CCE ni l'art. 44 LRC preveuen cap excepció, així com tampoc hi ha un desenvolupament reglamentari d'aquesta qüestió. L'art. 46 LRC diu que "*la direcció d'hospitals, clíniques i establiments sanitaris comunicaran en el termini de 72h a la Oficina del RC que correspongui cadascun dels naixements que hagin tingut lloc en el centre sanitari, excepte aquells casos que exigeixin personar-se davant l'Encarregat del RC*". És la Instrucció de 09.11.2015, de la DGRN, sobre comunicació electrònica de naixements des de centres sanitaris que ha identificat aquestes excepcions en el seu punt 3º, subratllant la intensa connexió de la inscripció del naixement amb la determinació de la filiació. Ja en l'apartat 3º de EM d'aquesta Instrucció s'establí que: "*A pesar de la vocación de universalidad con la que se manifiesta la Ley 19/2015, de 13 de julio, existen ciertos supuestos que quedan excluidos de la posibilidad de remisión desde Centros Sanitarios. En primer lugar, cuando se haya superado el plazo legal de setenta y dos horas desde el nacimiento contemplado para efectuar la comunicación en el artículo 46 de la Ley 20/2011. En estos casos la solicitud de inscripción podrá formularse de forma presencial en el plazo de los diez días siguientes al nacimiento (artículo 47 Ley 20/2011). No obstante, este plazo podría llegar a los 30 días cuando se acredite justa causa conforme al artículo 166 del Reglamento del Registro Civil*".

*Además, desde el punto de vista jurídico, no puede efectuarse la comunicación del acto inscribible en aquellos supuestos que requieren declaración o expediente tramitado ante el Encargado del Registro Civil conforme a la legislación vigente. De este modo, no podrán comunicarse electrónicamente desde los Centros Sanitarios los nacimientos cuando la declaración sea contraria a la presunción de paternidad (artículos 116 del Código Civil, 44.4.b) de la Ley 20/2011, y 184 RRC); cuando alguno de los progenitores sea menor de edad (artículo 121 del Código Civil) o tenga la capacidad modificada judicialmente; cuando se trate de nacimientos de hijos no matrimoniales en el caso de ausencia, fallecimiento o incapacidad del padre, la madre o ambos (artículos 120.1 y 122 del Código Civil); cuando los dos progenitores sean extranjeros de distinta nacionalidad; o cuando la madre haya renunciado al hijo (artículo 45.3 de la Ley 20/2011).*

*Igualmente quedan excluidos sin que quepa la personación en el Registro Civil, los nacimientos en el caso de que se pretenda inscribir como progenitores a dos mujeres no legalmente casadas (artículo 44.5 de la Ley 20/2011 y artículo 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida), ya que la Ley no contempla que la filiación con el segundo progenitor pueda establecerse en la inscripción del nacimiento en el Registro Civil. En estos casos se podrá efectuar la comunicación únicamente respecto de la filiación correspondiente al progenitor gestante*".

<sup>156</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. *Derecho de Familia*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Sección de Publicaciones, 1989, p. 500- 501.

<sup>157</sup> Recordi's que també podria ser que el marit cregués que el nadó ha nascut fruit de la reproducció natural i deixés actuar la presumpció de paternitat. De ser així, el nascut constaria registralment com a fill matrimonial de la dona i el seu marit, sens perjudici del possible exercici de l'acció d'impugnació d'acord amb el CCE.

separada legalment o de fet. D'aquesta manera, com que els pares no estarien casats entre sí ni amb cap altra persona, estariem clarament davant d'una filiació no matrimonial.

En segon lloc, s'ha de veure quin és el mitjà aplicable per la determinació de la paternitat de l'home no casat amb la dona usuària de les TRA mitjançant fecundació homòloga. La solució és similar a la que s'ha vist respecte del matrimoni, amb la diferència que no regeix la presumpció de paternitat en la filiació no matrimonial. Conseqüentment, encara que l'home *no casat* hagi consentit en document sanitari a una tècnica concreta que s'ha de dur a terme amb el seu material genètic, per tal que la seva paternitat quedi determinada extrajudicialment haurà de recórrer a alguna de les diferents vies que ofereix l'art. 120 CCE. Després de la reforma ja comentada el títol de determinació dependrà de si la paternitat es declara en el mateix moment en què s'inscriu el naixement o es fa amb posterioritat.

- ***Declaració de paternitat en el mateix moment de la inscripció de naixement:***

Tenint en compte que normalment coincideix l'element genètic i volitiu – es compta amb el consentiment de l'home - en el moment en què es realitza la tècnica, normalment la filiació en aquests casos es determinarà per l'art. 120.1 LTRA, és a dir, mitjançant reconeixement en el mateix centre sanitari: “*en el moment de la inscripció del naixement, per la declaració conforme realitzada pel pare en el corresponent formulari oficial a què es refereix la legislació del Registre Civil*”. La LRC de 2011, en la redacció propiciada per la Llei 19/2015 disposa en el seu art. 44.3<sup>158</sup> el següent:

*La inscripción de nacimiento se practicará en virtud de declaración formulada en documento oficial debidamente firmado por el o los declarantes, acompañada del parte facultativo. A tal fin, el médico, el enfermero especialista en enfermería obstétrico-ginecológica o el enfermero que asista al nacimiento, dentro o fuera del establecimiento sanitario, comprobará, por cualquiera de los medios admitidos en derecho, la identidad de la madre del recién nacido a los efectos de su inclusión en el parte facultativo. Los progenitores **realizarán su declaración mediante la cumplimentación del correspondiente formulario oficial, en el que se contendrán las oportunas advertencias sobre el valor de tal declaración conforme a las normas sobre determinación legal de la filiación.***

*En defecto del parte facultativo, deberá aportarse la documentación acreditativa en los términos que reglamentariamente se determinen.*

*El Encargado del RC, una vez recibida y examinada la documentación, practicará inmediatamente la inscripción de nacimiento. Tal inscripción determinará la apertura de un nuevo registro individual, al que se asignará un código personal en los términos previstos en el artículo 6 de la presente Ley.*

S'ha de saber que d'acord amb l'art. 120.5 CCE i l'art. 44.4. II LRC<sup>159</sup>, independentment que s'efectuï o no la declaració conforme amb la paternitat pel presumpte pare, en tota inscripció de

---

<sup>158</sup> S'ha de tenir en compte que, mentre la inscripció del naixement que regula l'art. 44.3 LRC és aplicable tant als supòsits de filiació matrimonial com no matrimonial, l'art. 120.1 CCE limita el seu abast als supòsits de la paternitat no matrimonial.

<sup>159</sup> **Art. 120.5 CC:** “Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil”. **Art. 44.4.II LRC:** “Salvo en los casos a que se refiere el artículo 48, en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna, aunque el acceso a la misma será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación. En caso de discordancia entre la declaración y el parte facultativo o comprobación reglamentaria, prevalecerá este último”.

naixement que es dugui a terme a Espanya es farà constar necessàriament la filiació materna<sup>160</sup>. Per tant, la maternitat no matrimonial quedarà determinada legalment quan es faci constar la filiació materna en la inscripció de naixement practicada dins de termini<sup>161</sup>.

La doctrina argumenta que, si bé la declaració conforme realitzada pel pare en el formulari oficial que indica l'art. 120.1 CCE es presenta com una conseqüència de la possibilitat d'inscriure el naixement des dels centres sanitaris, el seu abast pot ser més ampli. Tot depèn de la configuració del "formulari oficial" a què fa referència el precepte: de si aquest només pot utilitzar-se a través de la comunicació telemàtica des del centre sanitari, comunicant-se tant el naixement com la filiació; o de si el formulari entregat pel centre sanitari pot presentar-se de personalment al RC a l'hora d'inscriure el naixement. En aquest darrer cas s'estaria aconseguint un nou mecanisme de determinació de la filiació no associat a la comunicació telemàtica del naixement. S'ha optat per la segona opció, d'acord amb l'art. 47 LRC<sup>162</sup>. No obstant això, i com senyala la doctrina, la manca d'implementació d'aquesta possibilitat a la pràctica fa que, en cas de compareixença personal davant del RC, sigui freqüent acudir al *reconeixement* com a mitjà de determinació previst en l'art. 120.2 CCE als efectes de determinar la paternitat no matrimonial<sup>163</sup>.

Per acabar, també s'ha de considerar la opció que en el centre mèdic on es produeixi el naixement no s'utilitzi el mètode telemàtic esmentat. En aquest cas també s'acudiria a l'art. 120.2 CCE.

Per quant als aspectes temporals, subjectius i formals de la declaració realitzada pel pare en el corresponent formulari oficial, molt resumidament:

- i) La declaració paterna només es operativa quan s'efectua en el moment de la inscripció del naixement. Si es fa a través de comunicació electrònica del naixement s'ha d'efectuar a les 72 hores següents al naixement (art. 46 LRC, a partir de la redacció que li va donar la Llei 19/2015 - ja que anteriorment es fixava el termini de 24h - i la Instrucció de la DGRN de 09.10.2015). No obstant això, quan, per qualsevol causa no es remet el document en el termini i condicions fixades, o bé el naixement es produeix fora de l'establiment sanitari, l'art. 47 LRC fixa un termini de 10 dies per a declarar el naixement davant la Oficina del RC o les Oficines Consulars de RC. Aquest termini també pot ser prorrogat fins a 30 dies quan s'acrediti justa causa (art. 166 RRC)<sup>164</sup>.

<sup>160</sup> A excepció de l'aparent renúncia de la maternitat contemplada en els arts. 44.4.II, 45.3 i 49.4 LRC. A aquest respecte vegeu VERDERA SERVER, R. *La reforma de la filiación*. op. cit., p. 71.

<sup>161</sup> Si, per contra, s'hagués de practicar fora de termini, també podria determinar-se la filiació mitjançant el reconeixement davant l'Encarregat del RC (art. 120.2 CCE) o la resolució recaiguda en expedient tramitat d'acord amb la legislació del RC (art. 120.3 CCE), que són les dues altres vies també aplicables a la determinació de la paternitat no matrimonial.

<sup>162</sup> Es refereix als naixements que s'hagin produït fora de l'establiment sanitari, o quan per qualsevol causa no s'hagi remès el document en el termini i condicions previstes en l'art. 46 (*comunicació del naixement pels centres sanitaris*). En aquests casos permet que els obligats a promoure la inscripció declarin el naixement davant la Oficina del RC o les Oficines Consulars de RC. Aquesta declaració "*s'efectuarà presentant el document oficial degudament complimentat acompanyat del certificat mèdic preceptiu firmat electrònicament pel facultatiu o, en el seu defecte, del document acreditatiu en els termes que reglamentàriament es determinin*". Disposaran d'un termini de 10 dies.

<sup>163</sup> VERDERA SERVER, R. *La reforma de la filiación*. op. cit., p. 60.

<sup>164</sup> Per tal d'inscriure la declaració quan hagi transcorregut el termini previst des del naixement serà necessària una resolució dictada en expedient registral (art. 311 a 316 RRC), que es considera document públic apte per al reconeixement de la filiació ex art. 120.2 CCE.

- ii) Pel què fa als aspectes subjectius, el legislador no ha optat per referir-se al “progenitor”, encabint així a les parelles homosexuals, sinó que ha mantingut la dicotomia pare/mare, fent referència en aquest cas al pare. L’art. 44.4.III.b) LRC assenta que: *“La filiació paterna en el moment de la inscripció del fill es farà constar: b) Quan el pare manifesti la seva conformitat a la determinació de tal filiació, sempre que la mateixa no resulti contrària a les presumpcions establertes en la legislació civil i no existís controvèrsia. Hauran de complir-se, a més, les condicions previstes en la legislació civil per la seva validesa i eficàcia”*. Aquesta última referència a les condicions previstes en la legislació civil és discutida per la doctrina perquè no es precisa quines són aquestes condicions addicionals<sup>165</sup>. En tot cas, el punt 4.5 de la Instrucció de la DGRN de 09.10.2015 exigeix que el formulari sigui *“firmat necessàriament per ambdós progenitors als efectes de reconèixer la paternitat en el cas de no existir vincle matrimonial, o per ambdós cònjuges quan no s’aporti el document acreditatiu de l’existència del vincle matrimonial”*.
- iii) Finalment, referent als aspectes formals de la declaració, és necessari que aquesta es dugui a terme en el corresponent formulari oficial que explicita la LRC (art. 44.3 LRC)<sup>166</sup>. La doctrina destaca que l’art. 120.1 CCE es limita a indicar que per a la determinació de la filiació no matrimonial ha de concórrer una declaració conforme realitzada pel pare però no es precisa en què consisteix aquesta i de quina manera es poden arribar a establir diferències en quant a la manifestació que suposa un reconeixement de paternitat de l’art. 120.2 CCE.
- De l’art. 44.4.III.b) LRC s’aprecien una sèrie d’elements que han de concórrer a més de la mera declaració<sup>167</sup>: a) La declaració del presumpte pare no pot contrariar la presumpció de paternitat del marit de la mare. Si la mare té vincle matrimonial amb una persona diferent de la que figura en la declaració *“es practicarà la inscripció de naixement de forma immediata només amb la filiació materna i es procedirà a l’apertura d’un expedient registral per la determinació de la filiació paterna”*<sup>168</sup>; b) No es determinarà la filiació paterna de qui realitza la declaració conforme si existeix controvèrsia. Com que no s’especifica quin abast ha de tenir aquesta controvèrsia, la doctrina l’assimila amb el fet anterior: que la mare estigui casada i/o regeixi la presumpció de paternitat de l’art. 116 CCE. De ser així, també es preveu *“l’apertura d’un expedient registral per la determinació de la filiació paterna”*, tot i que es tracta d’una qüestió ja resolta per la

<sup>165</sup> VERDERA SERVER, R. *La reforma de la filiació*. op. cit., p. 85. Entén que el que sembla lògic és que aquesta forma de determinació de la paternitat es vegi sotmesa a un règim similar al reconeixement efectuat dins del termini per a inscriure el naixement. En aquesta remissió el problema es planteja des de dos punts de vista: d’una banda sobre l’aplicabilitat extensiva dels criteris previstos pel reconeixement a la declaració conforme del pare i, de l’altra, sobre els criteris que exclou la remissió d’informació des dels centres sanitaris. S’impedeix la remissió telemàtica en certs casos complicats però no s’impedeix la inscripció del naixement i, en el seu cas, la filiació, mitjançant la compareixença en el RC competent.

<sup>166</sup> L’annex III de la Instrucció de 9 d’octubre de 2015 indica com és el formulari electrònic i les dades que conté.

<sup>167</sup> Respecte l’explicació d’aquests dos elements, *vid.* VERDERA SERVER, R. *La reforma de la filiació*. op. cit., p. 121.

<sup>168</sup> Aquest precepte es va dictar conforme a l’art. 113.II CCE que estableix que no serà eficaç la determinació d’una filiació en tant resulti acreditada una altra contradictòria.

DGRN i resultaria inútil l'apertura d'un expedient registral <sup>169</sup>. Si es tractés d'un altre tipus de controvèrsia, l'art. 44.8 LRC fixa que *“en els supòsits de controvèrsia i en els (...) que la llei determini, per fer constar la paternitat es requerirà prèvia resolució judicial dictada conforme a les disposicions previstes a la legislació processal”*.

- ***Reconeixement de la paternitat amb posterioritat a la inscripció de naixement:***

L'art. 44.7 LRC es refereix al reconeixement de la filiació no matrimonial amb posterioritat a la inscripció del fill: quan, en el moment de la inscripció del naixement la paternitat, la filiació no ha quedat acreditada per qualsevol circumstància. Com que ja no es podrà fer ús de la possibilitat de reconèixer al menor com a fill en el mateix hospital s'haurà d'acudir al reconeixement davant l'Encarregat del RC, en testament o en un altre document públic, o a l'inici d'un expedient registral.

Pel què fa al reconeixement, la doctrina majoritària<sup>170</sup> ha entès que de la pròpia regulació d'aquest mitjà de determinació en el CCE es reflexa una concreta concepció del mateix. L'element decisiu que caracteritza el reconeixement i que ha de moure a l'autor al reconeixement formal és la voluntat, intenció, propòsit i finalitat de deixar establerta la filiació. En conseqüència, no és suficient una mera declaració voluntària de paternitat o maternitat sinó una voluntat declarada de que la relació de filiació que uneix a dues persones, pare o mare i fill, quedi determinada jurídicament.

Així mateix, la llei presumeix que la declaració és una declaració de ciència; és a dir, que el reconeixedor declara el fet biològic de la paternitat o la maternitat<sup>171</sup>. Per tant, no es tracta de cap negoci jurídic que depengui única i exclusivament de la voluntat. Necessàriament ha de ser entès així, perquè el fonament de la filiació natural és veritat biològica (correspondència entre filiació legal i biològica), però el fet que aquest extrem no sigui comprovable extrajudicialment comporta que el títol de determinació sigui el reconeixement.

Per quant als requisits, si es recorre al reconeixement – que, com s'ha comentat, sembla que és el que es duu a terme a la pràctica –, aquest s'haurà de fer pel progenitor davant de l'Encarregat del RC, en

---

<sup>169</sup> És exemplificativa la RDGRN de 22.06.1995 (RJ 1995/6148). Es tracta d'un expedient d'inscripció d'un naixement fora de termini. La qüestió discutida és si s'ha d'inscriure o no la filiació matrimonial del nascut tenint en compte que la mare estava casada, el fill havia nascut el dia 08.06.1994 i el JPI núm. 3 de V. havia dictat, amb data de 28.07.1994, sentència de separació dels cònjuges. No obstant això, des de la presentació de la demanda de separació el 7 d'octubre de 1993, els cònjuges havien estat convivint al mateix domicili. En el FJ 2º fixa: *“En esta situación es obligado inscribir la filiación matrimonial, dada la fuerza probatoria (cfr. art. 113 CC) de la presunción de paternidad del marido del art. 116 CCE, mientras no llegue a desvirtuarse la eficacia probatoria de tal presunción (cfr. arts. 1250 y 1251 CC), la cual viene reforzada por la presunción de convivencia entre los cónyuges que establece el artículo 69 del propio Código Civil. Por otra parte, si se solicita la inscripción de la filiación del hijo de madre casada, implícitamente se está solicitando la inscripción de la filiación matrimonial (cfr. arts. 113.I CC y 2 LRC). [...] Para este resultado no ha de importar que el marido de la madre y esta misma nieguen la paternidad, lo cual podrá tener cabida en vía judicial, pero no en este ámbito registral en el cual sólo es posible inscribir la filiación no matrimonial del hijo de madre casada cuando se comprueba que el nacimiento ha acaecido pasados trescientos días desde la disolución del matrimonio o desde la separación legal o de hecho de los cónyuges (cfr. art. 116 CC)”*.

<sup>170</sup> QUICIOS MOLINA, M.S., *Determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento*. Tesis doctoral para la obtención del grado de doctor por la UAM. Director: Dr. Rodrigo Bercovitz y Rodríguez-Cano, Madrid, 1996, p. 8; RIVERO HERNÁNDEZ, F. a LACRUZ BERDEJO, J.L. et al., *Elementos de Derecho Civil*, op. cit. p. 108.

<sup>171</sup> A les TRA s'estaria reconeixent un *concepturus* i no un *nasciturus* i el reconeixement normalment es duu a terme un cop produït el naixement en la procreació natural. Tot i així, la doctrina entén que podria produir-se mitjançant una interpretació sociològica de l'art. 29 del CCE, entenent que el consentiment seria vàlid fins i tot quan es prestés abans de la concepció.

testament o en un altre document públic. Es requereix la declaració del pare davant d'aquell i el consentiment exprés de la mare i del representant legal del fill si és menor d'edat<sup>172</sup>.

En conclusió, per quant a la determinació de la paternitat en la filiació no matrimonial, la declaració conforme realitzada pel pare en el corresponent formulari oficial a l'inscriure el naixement implica que la paternitat no matrimonial quedi determinada (art. 120.1 CCE i 44.4.III.b LRC). No obstant això, si la declaració del naixement s'efectua per un altre individu (pensi's en la pròpia mare o en l'avi del nascut), aquesta no suposarà la determinació de la paternitat donat que no indica res al respecte. En tots els casos en què no es presta el consentiment d'aquesta manera i el corresponent formulari oficial no s'aporta davant del RC<sup>173</sup>, ja sigui perquè aquest últim no ofereix la possibilitat o perquè s'ha procedit a la inscripció del naixement sense determinació de la filiació per qualsevol circumstància, fins ara la pràctica dels RC ha apostat per, en cas de compareixença personal del suposat pare, determinar la paternitat mitjançant el reconeixement previst a l'art. 120.2 CCE. Com a últim recurs, de no realitzar-se el reconeixement o resultar viciat, la paternitat podria quedar determinada en virtut d'expedient tramitat en el RC o bé sentència judicial<sup>174</sup>.

Per quant a la resolució recaiguda en expedient tramitat d'acord amb la LRC (art. 120.3 CCE), l'art. 44.7 LRC estableix que podrà inscriure's la filiació mitjançant expedient aprovat per l'Encarregat del RC, sempre que no hi hagi oposició del MF o de part interessada notificada personal i obligatòriament, si concorre alguna de les següents circumstàncies:

- “1. *Quan existeixi escrit indubtable del pare o de la mare en què expressament reconegui la filiació.*
2. *Quan el fill es trobi en possessió continua de l'estat de fill del pare o de la mare, justificada per actes directes del mateix pare o de la seva família.*
3. *Respecte de la mare, sempre que es provi complidament el fet del part i la identitat del fill. Formulada oposició, la inscripció de la filiació només podrà obtenir-se pel procediment regulat en la Llei d'Enjudiciament Criminal”.*

A aquest respecte, recordeu que l'art. 8.2 LTRHA disposa que es considera escrit indubtable als efectes previstos en l'apartat 7<sup>175</sup> de l'art. 44 de la LRC el document estès davant el centre autoritzat en el que es reflecteixi el consentiment a la fecundació *amb contribució de donant prestat per home no casat amb anterioritat* a l'ús de les TRA. Es pot deduir d'aquest article que el document on consta el l'autorització donada per l'home *no casat* amb la dona per fer ús de les TRA amb fecundació homòloga també és un escrit indubtable als efectes de l'art. 44.7 LRC? La doctrina no és unànime en aquest punt. Els qui ho neguen al·leguen que l'art. 8.2 LTRHA requereix que la fecundació sigui

<sup>172</sup> Els arts. 121 a 126 CCE contempnen altres especialitats referides al reconeixement. No és oportú analitzar-les en aquest moment, si bé s'ha de destacar el contingut de l'art. 124 CCE donat que el més comú és que el reconeixement es dugui a terme quan el nascut és encara menor d'edat. Quan sigui així, es requerirà el consentiment exprés del seu representant legal (pel general, la mare, la maternitat de la qual ja estarà determinada pel simple fet del naixement) o l'aprovació judicial amb audiència del MF i del progenitor legalment conegut. No serà necessari el consentiment o aprovació si el reconeixement s'hagués efectuat en testament o dins del termini establert per a practicar inscripció del naixement.

<sup>173</sup> Recordi's que aquest consentiment és diferent del consentiment necessari per accedir a les TRA.

<sup>174</sup> Quedaria acreditada i determinada la filiació sense problemes perquè la prova no seria complicada: es podria sol·licitar prova biològica el resultat de la qual seria positiu o també presentar l'escrit de consentiment per a la realització de les tècniques, juntament amb l'expedient mèdic que acredités la seva realització.

<sup>175</sup> La literalitat del precepte fa referència a l'apartat 8 però, com s'ha argumentat, és un error de tècnica legislativa (vid. nota 90).

heteròloga i aquest pressupòsit no concorre, per tant, no resulta aplicable<sup>176</sup>. Per contra, hi ha qui entén que el precepte esmentat és aplicable per analogia: tot i que l'article parli de "*contribució de donant*" (IAD), resulta obvia la seva aplicació extensiva al supòsit de la IAP<sup>177</sup>. En conclusió, possiblement, en IAP no sigui necessari per quant amb el consentiment que es presta – no exigeix legalment però sí requereix a la pràctica – ja s'afirma que l'aportació del gàmeta la realitza qui consent. En conclusió, si en IAD serveix com escrit indubtable, amb més raó en IAP<sup>178</sup>.

Per acabar, i com a proposta de *lege ferenda*, seria desitjable que la parella prestés el seu consentiment a IAP o IAD en document públic. Sobretot en IAD ja que en els supòsits de IAP, quan es presta el consentiment a les tècniques i després no es reconeix la paternitat del nascut, si s'entaulés una acció de reclamació de la paternitat aquesta prosperaria, per coincidir l'element genètic i volitiu<sup>179</sup>. No obstant això, igualment en aquest darrer cas si el pare no reconeix voluntàriament al nadó com a fill seu, s'ha de recórrer a la via administrativa.

En conseqüència, tant el consentiment informat a les TRA com el relatiu a l'assumpció de la paternitat dels nascuts a conseqüència d'aquestes, que haurien d'estar interrelacionats, s'haurien de prestar en document públic. D'aquesta manera s'inscriuria la paternitat al RC d'acord amb l'art. 120.1 o 2 LRC i no seria necessari iniciar la tramitació d'un expedient registral o judicial. A més a més, constituiria un element de prova important<sup>180</sup>.

## **B) Regulació al CCCat**

En els casos que és d'aplicació el règim previst al CCCat, per la determinació de la paternitat derivada de les TRA s'apliquen els mateixos criteris a la parella no matrimonial que a la matrimonial (art. 235-8 i 235-13 CCCat respectivament). L'art. 235-13.1, amb la rúbrica "*fecundació assistida de la dona*" disposa: "*Els fills nascuts de la fecundació assistida de la mare són fills de l'home o de la dona que l'ha consentida expressament en un document estès davant d'un centre autoritzat o en un document públic*".

<sup>176</sup> MONTÉS PENADÉS, "Primera lectura de la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre técnicas de reproducción asistida", *La Ley – Legislación*, 1989-2, p. 123.

<sup>177</sup> LLEDÓ YAGÜE, F "Los destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida. La fecundación post mortem. La titularidad del gameto fecundante. El donante de gameto" a LLEDÓ YAGÜE, F. (Coord.) *Cuadernos de derecho judicial. La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994, p. 360.

<sup>178</sup> DIEZ PICAZO y GULLÓN, L., *Sistema de Derecho Civil*, IV, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones, 6º ed., Madrid, Tecnos, 1997, p. 279. Fa un bon recull de l'exposat fins ara: "*En aquest cas, existeix una filiació extramatrimonial respecte de la mare, determinada pel fet del part, d'acord amb (...) CCE. Falta (...) una norma que resolgui el problema de la paternitat i eviti la necessitat de d'una acció de reclamació de la filiació, doncs l'art. 120 CCE només permet que la filiació quedi determinada legalment quan existeixi reconeixement davant l'Encarregat del RC, en testament o en un altre document públic, i el consentiment prestat pel pare per la utilització de les tècniques, al que no s'exigeix forma solemne i indubtable, no sembla reunir els requisits exigits pel CCE. No obstant això, el disposat en els arts. 8.2 i 9.3 de la Llei ha de permetre arribar a aquesta conclusió*".

<sup>179</sup> PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada...*, op. cit., p. 172-173.

<sup>180</sup> *Ibidem*, p. 92. Aquest consentiment prestat en escriptura pública produiria dos efectes bàsicament:

- a) Consentiment informat per a sol·licitar i autoritzar la utilització de les tècniques de reproducció assistida.
- b) Títol apte – unit a l'expedient mèdic – per la inscripció de la paternitat, a mode de reconeixement, ja admès pel CC, respecte la filiació no matrimonial (art. 120.1 CC).

Per determinar la paternitat d'acord amb el CCCat serà suficient que el consentiment de l'home que accedeix a les TRA juntament la dona en qüestió, ja sigui la seva convivent o no, es formalitzi en document estès davant d'un centre autoritzat o es plasmi en un document públic.

Una particularitat del règim català és que el fet que els gàmetes siguin procedència de la parella, si bé no afecta al règim de la determinació extrajudicial de la filiació, sí que modifica el règim de la determinació judicial i, en concret, la impugnació de la paternitat: l'art. 235-28.2 CCCat, en què es reitera la regla general, que ja contenia l'art. 111.2 CF, impeditiva d'impugnar la filiació derivada de fecundació assistida prèviament consentida i, en tot cas, si s'és progenitor biològic del fill<sup>181</sup>. La doctrina ha subratllat, prenent per base la jurisprudència del TSJC, que en el precepte es manifesta la doctrina dels actes propis (*equitable estoppel* en els ordenaments anglosaxons). Doctrina que busca garantir la seguretat jurídica i indisponibilitat de l'objecte del procés quan te relació amb la capacitat, filiació, matrimoni o menors en els termes de l'art. 751 LEC<sup>182</sup>.

Com és ben sabut, el camp d'actuació paradigmàtic de la doctrina dels actes propis és el patrimonial i no tant el dret de la persona o el de l'estat civil, en la mesura que, a l'afectar l'ordre públic, en principi se sostreuen del principi de l'autonomia de la voluntat. Per aquesta raó ha sorprès a la doctrina que el TSJC hagi aplicat aquest principi a la filiació, doncs hagués estat més procedent interpretar l'art. 235-28.2 com una manifestació del principi de bona fe en l'exercici dels drets<sup>183</sup>.

A tall exemplificatiu, han estat dos els casos en què el TSJC s'ha basat en la doctrina dels actes propis. En tots ells la filiació derivava del consentiment a les TRA: STSJC núm. 28/2007, de 27.09.2007, STSJC núm. 44/2008 de 22.12.2008 i, finalment, també la SAPB núm. 676/2012 de 19.11.2012<sup>184</sup>. Per raons de vigència temporal totes tres resolucions, a excepció de la sentència de la SAPB, es refereixen als articles del CF, anteriors a la promulgació de la Llei 25/2010.

Tots aquests pronunciaments s'analitzaran dins l'apartat de fecundació heteròloga: el primer a l'apartat relatiu a la filiació matrimonial i el segon, igualment com la SAPB, en el punt que tracta la filiació no matrimonial.

En conclusió, els requisits per tal que es produeixi la determinació de la filiació no matrimonial a través de fecundació homòloga són: a) La fecundació assistida de la dona, en aquest cas amb gàmetes de l'home que l'ha consentida; b) Que el consentiment exprés de l'home es plasmi en un document públic o l'estès davant d'un centre autoritzat. Per document "*estès davant d'un centre autoritzat*"

<sup>181</sup> L'exposat a la nota 105 per la filiació matrimonial també és aplicable aquí.

<sup>182</sup> **Art. 751 LEC:** "*I. En los procesos a que se refiere este título no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción. (...) 1.º En los procesos de declaración de prodigalidad, así como en los que se refieran a filiación, paternidad y maternidad, siempre que no existan menores, incapacitados o ausentes interesados en el procedimiento*".

<sup>183</sup> EGEEA FERNÁNDEZ, J. *Bona fe i honradesa en els tractes en el dret civil de Catalunya*. Discurs d'ingrés de l'acadèmic de núm. II·lm. Sr. Joan Egea Fernández i Contestació de l'acadèmica núm. Excma. Sra. Encarna Roca Trías, Barcelona, AJILC, 2011. Versió digital: [http://ajilc.cat/wp-content/uploads/2015/12/DiscursOS\\_Egea\\_AR.pdf](http://ajilc.cat/wp-content/uploads/2015/12/DiscursOS_Egea_AR.pdf); última visita: 12/02/2017. Especifica que l'art. 111-7 CCCat regula la bona fe i en fa reflexions interessants.

<sup>184</sup> Respectivament: STSJC, 1ª, núm. 28/2007 de 27.09.2007 (RJ 2007/8520; MP: Alegret Brugués, M.E.), STSJC, 1ª, núm. 44/2008, de 22.12.2008 (JUR 2009/295671; MP: Alegret Brugués, M.E.) i SAPB, 18ª, núm. 676/2012 de 19.11.2012 (JUR 2013/31747; MP: Viñas Maestre, M.D.).



s'ha d'entendre el document sanitari o clínic en què s'autoritza la pràctica la fecundació (la LTRHA s'hi refereix en diverses ocasions: la història clínica en l'art. 18.3 o l'escrit indubtable de l'art. 8.2).

No obstant tot el que fins aquí s'ha dit, la LTRHA no exigeix el consentiment de l'home *no casat* i, per tant, podria ser que a la pràctica en algun supòsit s'obviés, encara que això sigui difícilment imaginable quan es tracta de fecundació homòloga. D'ocórrer, també serien aplicables els mitjans previstos per la filiació per naturalesa no matrimonial (art. 235-9 CCCat, coincident amb l'art. 120 CCE ja desglossat en línies anteriors). A més a més, s'ha de matisar que el CCCat preveu la presumpció de paternitat també *l'home no casat* en l'art. 235-10 CCCat, tot i que no opera automàticament sinó que s'ha de peticionar en seu judicial i contra ella s'admeten tota classe de proves que podran destruir-la en el corresponent judici.

### **C) Accés a les TRA sense el consentiment de l'home *no casat*: CCE i CCCat**

En aquest cas l'home aportaria l'element genètic però no l'element volitiu. Com que no es regula expressament a la LTRHA, d'acord amb la remissió de l'art. 7.1 LTRHA s'aplicaran les regles previstes al CCE i CCCat.

La major part dels autors entén que el consentiment prestat per l'home és un requisit bàsic i per això no es plantegen aquest supòsit. A més a més, la solució serà variable mentre no existeixi jurisprudència consolidada al respecte.

Quan la procreació és per mitjans naturals i es produeix contra la voluntat de l'home, per accident o engany, una vegada produït el naixement pot passar que l'home el reconegui o no com a fill propi. En aquest darrer cas es pot exercir una acció de filiació que prosperaria si es practiqués una prova biològica de paternitat, la qual donaria un resultat positiu. Per tant, de qualsevol manera quedaria determinada la paternitat de l'home.

A les TRA, en què no hi ha contacte sexual, el plantejament divergeix: pot ser que l'home no assumís ni tant sols la possibilitat de ser pare i que només la conducta de la dona fos la causa del corresponent naixement. Aquest fet hauria de tenir com a conseqüència que la filiació paterna del fill quedés indeterminada? Veus doctrinals defensen que, pel principi *favor filii* i per pertànyer el material genètic a l'home, probablement l'home seria declarat pare<sup>185</sup>. Davant d'això, l'home tindria la dificultat de provar que no es tractava d'una fecundació natural (p.e.: justificant que existeixen causes mèdiques que la impedeixen) i, en el seu cas, que no va prestar el consentiment (p.e.: en el consentiment informat d'accés a les TRA constaria el de la dona però no el seu).

També pot donar-se que l'home presti el seu consentiment a les TRA i després el revoqui. En aquest cas, si es produeix amb anterioritat a la realització de les TRA no hi ha problema perquè la intervenció no es pot practicar amb el seu material genètic. Si, per contra, es produeix amb posterioritat, no s'admetria la revocació perquè el nascut quedaria sense pare i, per tant, el consentiment prestat

---

<sup>185</sup> PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada...*, op. cit., p. 176.

sortiria tots els seus efectes en l'assumpció d'una futura paternitat. Així, si en el moment d'inscriure el fill, el pare no prestés declaració conforme, no el reconegué, igualment tant el consentiment prestat com la prova de paternitat constituïrien proves útils per instar un expedient registral o obrir la via judicial.

En qualsevol cas, s'han d'adoptar totes les mesures possibles per evitar que es produeixin supòsits en els quals no existeix el consentiment del convivent i, això no obstant, és el progenitor del nascut. Una proposta de *lege ferenda* és que l'home consenti en document públic tant la utilització dels seus gàmetes com també l'assumpció de la paternitat. Aquest document públic constituïria un mitjà per a inscriure la paternitat en el RC d'acord amb l'art. 120.2 CCE, és a dir, adoptaria forma de reconeixement, tot i no ser aquest el mitjà idoni quan les relacions sexuals no han tingut cap paper. A més a més, també seria plausible fixar que la revocació del consentiment per a IAC es realitzés en document públic i s'inscrigués en el corresponent Llibre del RC<sup>186</sup>.

En definitiva, si es produeix aquest incident i l'home no vol determinar la paternitat al seu favor, hauria de provar que el nascut procedeix de tals tècniques sense el seu consentiment. En cas contrari, s'aplicarien les regles generals del CCE i la paternitat quedaria determinada. La prova en aquest cas és difícil i, encara que s'aconseguís provar la fecundació artificial, la solució que adoptarien els nostres Tribunals és dubtosa, tenint en compte el principi *favor filii*. Els dubtes que es plantegen són el mateixos que ja s'han exposat sobre la possibilitat del marit (filiació matrimonial) d'impugnar la filiació no consentida en els termes legals. Les reflexions fetes en seu de filiació matrimonial derivada de fecundació homòloga no consentida pel marit també són vàlides en aquest punt: recordeu que, en base a la persistència de l'element genètic, les opinions són contràries a la impugnació de la filiació tot i que favorables a la sanció per omissió dels consentiments legals i a la reparació del dany causat.

### **3.1.2.2. Parella no casada formada per dues dones**

Com en el cas anàleg de la filiació matrimonial amb fecundació homòloga, és fisiològicament impossible que una parella homosexual de dones pugui procrear a través del seu material genètic: sempre serà necessària l'aportació genètica del sexe contrari.

### **3.1.2.3. Fecundació *post mortem* a la LTRHA i al CCCat**

D'acord amb l'art. 9.3 LTRHA, i per quant a l'àmbit subjectiu, és possible que l'home *no unit per vincle matrimonial* –en cap cas la dona - presti el seu consentiment a l'ús del seu material reproductor després de la seva mort, o a la transferència de preembrions ja constituïts abans de la mort. Per tant, no s'exigeix que s'estigui davant d'una parella estable o que existeixi convivència *more uxorio* entre l'home i la dona. La vaguetat de l'expressió que empra el precepte condueix a entendre que qualsevol home pot consentir per a la reproducció *post mortem* amb qualsevol dona.

---

<sup>186</sup> PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada...* op. cit., p.178.

La diferència respecte als matrimonis és que el consentiment en aquest cas només servirà com a títol per iniciar l'expedient de l'apartat 44.7 de la LRC, sens perjudici d'una acció judicial de reclamació de la paternitat. Per quant a la resta de requisits que ja s'han comentat en l'apartat 3.1.1.3, són aplicables també a l'home *no casat* amb la dona.

Finalment, i referent al CCCat, l'art. 235-13 (*la fecundació assistida de la dona*) fa una remissió a l'article 235-8.2 "*en allò que sigui aplicable*"<sup>187</sup>, per la fecundació assistida després de la mort de *l'home que convivía amb la mare*. La única diferència és que la filiació paterna que es determinarà serà no matrimonial.

### **3.2. Fecundació heteròloga**

#### **3.2.1. Fecundació heteròloga matrimonial**

##### **3.2.1.1. Matrimoni heterosexual**

En aquest cas el material genètic del matrimoni que se sotmet a les TRA no s'aporta pel marit sinó per un tercer donant. L'admissibilitat d'aquesta tècnica – ja sigui IAD o FIV<sup>188</sup> – planteja majors problemes ètics però, partint de la seva realització a la pràctica i el fet que està permesa legalment, es donen casos reals que reclamen una previsió jurídica al respecte.

És necessari advertir que no s'entrarà en l'anàlisi de del dret a conèixer l'origen del donant previst en l'art. 5.5 de la LTRHA<sup>189</sup>, que és anònim per regla general, perquè la determinació de la filiació no deriva del coneixement o no de la identitat del progenitor. Ho posa de manifest l'art. 8.3 LTRHA: "*La revelació de la identitat del donant en els supòsit en que procedeixi conforme a l'art. 5.5 d'aquesta Llei no implica en cap cas determinació legal de la filiació*". La doctrina<sup>190</sup>, a més a més, matisa que la formulació de l'art. 8.3 LTRHA no és acurada ja que el que determina la filiació no és el coneixement de la mera identitat del donant sinó un procés *ad hoc*.

---

<sup>187</sup> GARCÍA VICENTE, J.R., a EGEA I FERNÁNDEZ, Joan / FERRER I RIBA, Josep (Dirs.) – FARNÓS I AMORÓS, Esther (Coord.), Comentari al llibre segon... op. cit., p. 598: "*l'excepció que formula «en allò que hi sigui aplicable» no té significat propi*".

<sup>188</sup> Respectivament: IA amb semen de donant i FIV amb semen de donant i transferència de l'embrió/ns, amb gàmeta femení propi o aliè. No és rellevant l'aportació d'òvuls perquè la filiació materna ve determinada pel part.

<sup>189</sup> Art. 5.5 LTRHA: "*La donació serà anònima i haurà de garantir-se la confidencialitat de les dades d'identitat dels donants pels bancs de gàmetes, així com, en el seu cas, pels registres de donants i d'activitat dels centres que es constitueixin. Els fills nascuts tenen dret per sí o pels seus representants legals a obtenir la informació general dels donants que no inclogui la seva identitat. Igual dret correspon a les receptores dels gàmetes i dels preembrions. Només(...) en circumstàncies extraordinàries que comportin un perill cert per la vida o la salut del fill o quan procedeixi d'acord amb les Lleis processals penals, podrà revelar-se la identitat dels donants, sempre que aquesta revelació sigui indispensable per evitar el perill o per aconseguir el fi legal proposat. Aquesta revelació tindrà caràcter restringit i no implicarà en cap cas publicitat de la identitat dels donants*".

<sup>190</sup> BLASCO GASCO, F., et al. A MONTÉS, V. / ROCA I TRIAS, E. (Coords.), *Derecho de familia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 407.

### **A) Regulació al CCE**

L'art. 7.1 LTRHA fa una remissió a les *lleis civils* a excepció de les especificacions que es contenen en els arts. 8, 9 i 10. Doncs bé, en aquest cas l'art. 8.1 LTRHA preveu una regla específica per quant a les conseqüències jurídiques d'haver prestat el consentiment formal, previ i exprés a la fecundació amb contribució de donant/s: *“ni la dona progenitora ni el marit, quan hagin prestat el seu consentiment formal, previ i exprés a determinada fecundació amb contribució de donant o donants, podran impugnar la filiació matrimonial del fill nascut com a conseqüència de tal fecundació”*<sup>191</sup>. Pel demés s'haurà d'atendre a les regles generals del CCE.

A nivell d'Espanya, hem de partir de l'especialitat contemplada a l'art. 8.1 LTRHA per deduir que en aquest supòsit, en què no coincideix l'element genètic i el volitiu, el consentiment unit al matrimoni és el que determina la paternitat. Per tant, d'acord amb la opinió majoritària de la doctrina, l'element més important en aquest cas és el consentiment, causa última, ja que l'element genètic és “fungible”<sup>192</sup>. A la pràctica, donat que l'art. 8.1 LTRHA no contempla una regla de filiació clara i, a més a més, l'art. 7.2 LTRHA impedeix que en el RC consti alguna dada que reveli el verdader origen de la concepció, la filiació s'estableix a partir de les regles de la filiació per naturalesa (art. 115 CCE).

En conseqüència de l'exposat, en aplicació de les regles del CCE, es deixa actuar la presumpció de paternitat de l'art. 116 CCE però blindant-la a través de la prohibició d'impugnar *ex art. 8.1 LTRHA*, sempre i quan s'hagi prestat el consentiment a una específica fecundació heteròloga i aquest sigui formal, previ i exprés<sup>193</sup>. *“La regla general que impedeix impugnar la filiació derivada de TRA prèviament consentides és una manifestació de la doctrina dels actes propis (equitable estoppel en els ordenaments anglosaxons), dirigida a garantir la seguretat jurídica”*<sup>194</sup>. Aquesta, com ja s'ha vist i es reprendrà en el següent punt, també es recull a l'art. 235-28.2 CCCat. Tanmateix, tot i que cap dels dos articles s'hi refereix, la filiació consentida en els termes legals hauria de poder ser impugnada si s'aconsegueix provar que no deriva del recurs a les TRA, és a dir, que el naixement ha resultat de les relacions sexuals de la mare amb un altre home<sup>195</sup>.

Amb tot, el més rellevant és verificar que s'hagi prestat el consentiment, que aquest reuneixi els requisits legals i que s'actui en conseqüència pel cas que el matrimoni superi tot el procediment de

---

<sup>191</sup> Es van seguir les directrius proposades pel Consell d'Europa en l'Informe del Grup de Treball (CAHBI), que en el principi 14, dins del capítol V, i sota l'epígraf “determinació de la maternitat i de la paternitat”, fixava que la maternitat es determina pel part i la paternitat, si intervé donant i la dona està casada, s'atribueix al marit. Si el marit consent la procreació artificial no pot impugnar la paternitat del nen sobre la base de la procreació artificial. “Report on Human Artificial Procreation”. *Principles set out in the report of the Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences (CAHBI)*, 1989. Versió digital: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016803113e4>; última visita: 12.02.2017.

<sup>192</sup> RIVERO HERNANDEZ, a LACRUZ BERDEJO et al., *Elementos de Derecho civil.*, op. cit., p. 156.

<sup>193</sup> Tot i així, és possible la impugnació per vici de consentiment mitjançant error, violència o intimidació (art. 138 i 141 CCE). Els articles es refereixen al reconeixement, títol de determinació de la filiació extramatrimonial (art. 120 CCE) però s'ha entès extensible al consentiment prestat a la filiació derivada de TRA.

<sup>194</sup> FARNÓS AMORÓS, E. *Consentimiento a la reproducción asistida...*, op. cit. p. 96.

reproducció assistida fins al naixement de l'infant. Per aquesta raó a continuació s'analitza quin és l'objecte del consentiment, el lloc on es presta i qui pot consentir a la IAD d'una dona casada.

Quant a l'objecte, es regula a l'art. 6.3 LTRHA, el qual estableix que, si la dona estigués casada, serà necessari el consentiment del seu marit – tant si la fecundació es homòloga com heteròloga -, a menys que estiguessin separats legalment o de fet i així constés fefaentment. El consentiment del cònjuge s'haurà de prestar abans del recurs a les TRA i haurà de ser una expressió lliure, conscient i formal<sup>196</sup>.

En conseqüència, podria entendre's que el consentiment del marit en aquest supòsit té caràcter doble: d'una banda, suposa l'autorització del marit per tal que es realitzin les tècniques i d'altra banda produeix efectes no tant en la determinació de la paternitat – que es determina d'acord amb les regles de la filiació per naturalesa: presumpció de paternitat matrimonial - com en la prohibició d'impugnació d'aquesta<sup>197</sup>.

De no prestar-se el consentiment, tot i que continua sent d'aplicació la presumpció de paternitat, aquesta seria impugnabile<sup>198</sup>: no concorre ni l'element volitiu ni el genètic perquè no va consentir a la fecundació ni s'és el pare biològic. No obstant això, el requisit previst a l'art. 6.3 LTRHA (consentiment del marit) no impedeix que la dona se sotmeti a les IAD sense el seu consentiment perquè en moltes ocasions en els centres mèdics especialitzats no es comprova l'estat civil de la receptora, sens perjudici d'incórrer en la infracció de l'art. 26.2.b) 3ª LTRHA i el dret del marit a reclamar danys i perjudicis.

Respecte al lloc on es presta la voluntat de ser pare cal atendre a l'art. 3.4 LTRHA, que fa referència a la dona receptora però seria extensible als demés subjectes implicats. En conseqüència, l'acceptació quedarà reflectida en un formulari de consentiment informat. És rellevant recordar aquest aspecte

---

<sup>196</sup> L'art. 6.3 LTRHA al·ludeix a que el consentiment del cònjuge haurà de reunir idèntics requisits d'expressió lliure, conscient i formal. Amb "idèntics" vol assimilar les característiques a les exigides per la dona receptor a l'art. 6.1 LTRHA. En conseqüència, també en l'art. 6.3 LTRHA el consentiment ha de ser escrit, lliure, conscient i exprés.

<sup>197</sup> PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada...* op. cit., p. 137.

<sup>198</sup> Si, durant l'embaràs, el marit ignora la realització de IAD, el fill naixerà en el matrimoni i, per aplicació de l'art. 116 CE, com ja s'ha dit, se li atribuirà la paternitat al marit. No obstant això, per diverses raons pot arribar a conèixer que el fill no li correspon biològicament (malalties genètiques que pateixi el marit i que no s'hagin transmès al fill, estudis mèdics, anàlisi de sang, etc.). En aquest cas podrà impugnar la paternitat si està dins de termini (art. 136 CCE, interpretat d'acord amb la CE, donada la seva inconstitucionalitat, que ja ha estat comentada), reclamant danys i perjudicis contra la seva dona i, possiblement, contra el centre en què es va realitzar. Si aquesta acció prosperés, el nascut seria qualificat com a fill no matrimonial de la mare i la paternitat quedaria indeterminada (el donant és anònim i, encara que s'identifiqués, no seria possible atribuir-li la paternitat *ex art.* 8.3 LTRHA).

Si, durant l'embaràs, el marit coneix la realització de la IAD sense el seu consentiment, pot adoptar bàsicament dues actituds:

a) Un cop neixi, impugnar la paternitat demostrant que s'ha produït el naixement com a conseqüència de la IAD practicada a la seva dona i sense el consentiment del marit. Com que no s'hauria consentit, podria impugnar la paternitat (*interpretació a contrari de l'art. 8.1 LTRHA, que prohibeix la impugnació quan s'ha consentit a la fecundació amb contribució de donant/s*).

A més a més, si el naixement es produeix dins dels 180 dies següents a la celebració del matrimoni, simplement caldrà exercir la facultat de desconeixement que preveu l'art. 117 CCE, que ja ha estat comentada. En aquest darrer cas podrà acreditar que ignorava l'embaràs provant que no consta el seu consentiment a IAD, mitjançant l'expedient mèdic al que es refereix l'art. 8.1 LTRHA, o bé sol·licitant prova biològica de paternitat que resultaria negativa i exclou la paternitat derivada de procreació natural (segons les regles generals del CCE).

b) Pot fer constar registrament al fill nascut tot i saber que la dona va realitzar IAD sense el seu consentiment. Es tractaria d'un supòsit semblant al reconeixement de complaença de la filiació no matrimonial, que es comentarà breument a l'analitzar-la.

El problema d'aquesta segona opció és que, si posteriorment hi hagués una crisi matrimonial, i es volgués impugnar la paternitat, s'hauria de demostrar que el marit va permetre l'accés al RC del nascut com a fill seu per naturalesa sabent que no ho era. Aquí sorgirien tots els problemes propis dels reconeixements per complaença, que no són objecte d'estudi d'aquest treball.

perquè la situació que segueix a la firma del formulari per sotmetre's a la IAD pot resultar complexa. Si tot funciona correctament, després de la firma es realitza la tècnica, s'obté l'embaràs desitjat i es produeix el naixement. *A posteriori* s'inscriuria la filiació matrimonial al RC: la maternitat s'acreditaria a través de la declaració en document oficial firmada per la declarant juntament amb el part mèdic; en canvi, la paternitat s'inscriuria en virtut de l'acreditació del matrimoni amb la mare (art. 115 CCE).

La complexitat sorgeix quan, d'acord amb l'art. 7.2 LTRHA en cap cas la inscripció al RC reflectirà dades de les que pugui inferir-se el caràcter de la generació, la qual cosa genera problemes d'inseguretat jurídica. Una situació que podria donar-se és que, posteriorment a la determinació de la paternitat del fill el matrimoni es divorciés. Si el pare legal decidís impugnar la filiació, en principi això li seria impossible vista la prohibició marcada per l'art. 8.1 LTRHA. Tanmateix, si en el RC no consta cap dada relativa a la generació, és impossible conèixer que el fill ha estat nascut a través de TRA i que, per tant, és aplicable aquesta prohibició d'impugnació. A més a més, d'instar-se l'acció d'impugnació de la filiació, la prova de paternitat resultaria ser negativa. Davant d'això, la opinió doctrinal destaca dues possibles actuacions de la mare en un cas com el descrit: a) Presentar el document acreditatiu del consentiment del marit la IAD, pel qual es renuncia a impugnar la filiació resultant; b) No presentar-lo per evitar tot tipus de relació entre el marit i el fill: cas en què la filiació paterna del menor podria quedar deserta<sup>199</sup>. En aquest darrer cas seria plausible una diligent intervenció del MF<sup>200</sup>: l'estat civil no es pot alterar per la mera voluntat del pare jurídic, incorrent en abús de dret i no respectant el principi *favor filii*. Una solució al problema podria trobar-se en una certificació confidencial que expedís el Registre Nacional de Donants de Gàmetes i Preembrions – no existent<sup>201</sup> – a instància del MF en els supòsits d'impugnació de la paternitat, per tal d'investigar si es tracta d'un cas de IAD.

Per quant a qui pot consentir a la IAD de dona casada, la doctrina planteja dues possibilitats. La primera és la compresa a l'art. 8.1 LTRHA del qual s'infereix que només el seu marit pot prestar el consentiment. Una segona possibilitat és que el consentiment es presti per qualsevol altre home. El problema sorgeix quan, vigent la presumpció de paternitat, el fill sigui considerat del marit i no de l'home que efectivament presta el seu consentiment.

<sup>199</sup> PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada...* op. cit., p. 142.

<sup>200</sup> **Art. 749.1 LEC:** “En los procesos sobre incapacidad, en los de nulidad matrimonial y en los de determinación e impugnación de la filiación será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes”.

<sup>201</sup> La Llei de TRA de 1988, en la seva DF 3ª disposava que el Govern, en el termini d'un any des de la promulgació de la llei, regularia la creació i organització d'un Registre Nacional informatitzat de donants de gàmetes i preembrions amb fins de reproducció humana, que gaudiria de garanties de secret. En ell es faria constar, entre d'altres, cada fill nascut dels diferents donants, la identitat de les parelles o dones receptores, i la seva localització territorial en cada moment, sempre que fos possible. Vuit anys més tard es va publicar el RD 412/1996, que es completava amb l'Ordre de 25.03.1996 per la que s'estableixen les normes de funcionament del Registre Nacional de Donants de Gàmetes i Preembrions. El Registre mai va arribar a existir. Quan es va promulgar la LTRHA, que derogava l'anterior, aquesta va preveure novament en el seu art. 21.3 que “El Govern, previ informe del Consell Interterritorial del Sistema Nacional de Salut i mitjançant RD, regularia la organització i funcionament del Registre Nacional”. Malauradament, res d'això s'ha dut a terme.

De dades estadístiques s'infereix que, a la pràctica, els centres mèdics no poden constatar quin és l'estat civil de la sol·licitant perquè aquesta pot ocultar-lo<sup>202</sup>. D'aquesta manera, la dona casada se sotmetria a les TRA com a mare en solitari i, posteriorment, naixeria un nen que es qualificaria de matrimonial, amb independència del coneixement del procediment per part del marit. Seria plausible protegir millor l'exclusiva legitimació del marit per prestar consentiment a IAD, tenint en compte els deures que deriven del matrimoni (arts. 66-68 CCE) i imposant als centres sanitaris autoritzats la obligació de comprovar l'estat civil dels sol·licitants.

### **B) Regulació al CCCat**

En el CCCat s'ha d'atendre a l'art. 235-8 CCCat, igualment com en el cas correlatiu en la fecundació homòloga. En represa del que allí s'ha exposat, el present apartat es dedicarà a analitzar el consentiment, com a títol de determinació de la filiació autònom a Catalunya, a través d'una sentència: la STSJC núm. 135/2006, de 27.09.2007<sup>203</sup>. S'ha de precisar que aquesta resol un recurs de cassació en interès cassacional per infracció de l'art. 92 del CF, que ja no es troba vigent actualment i és l'equivalent a l'art. 235-8 CCCat. Mentre que l'art. 92.1 CF només enumerava l'escriptura pública com a document possible en el qual acreditar el consentiment a les TRA a efectes de determinar la filiació, l'actual no exigeix escripturar el consentiment prestat en virtut de l'art. 6.3 LTRHA per accedir a les tècniques, considerant vàlids tant *"el document estès davant del centre autoritzat"* com el *"document públic"*<sup>204</sup>.

És interessant veure com, encara vigent el CF, en seu jurisprudencial es va atorgar valor a altres formes d'expressió del consentiment, conduint a la mateixa conseqüència pràctica: l'atribució de la paternitat al marit de la dona receptora. I això en virtut de la doctrina dels actes propis.

La qüestió plantejada a la sentència és si el marit pot impugnar la seva paternitat en relació al fill que la dona receptor va tenir com a conseqüència de IAD si la fecundació es va dur a terme amb el seu consentiment expressat en document sanitari de consentiment informat, contravenint l'art. 92 CF.

Els fets es resumeixen en una parella (D. i L.) que es casa el 04.12.1999 amb la mala fortuna que, a principis de 2001, a l'espòs se li diagnostica azoospermia, la qual cosa li impedeix tenir descendència de forma natural. L'esposa consulta un centre mèdic de reproducció assistida que li informa de la possibilitat d'iniciar un tractament de IAD i li proporciona un *document de consentiment informat*

---

<sup>202</sup> FIVCAT.NET. "Estadística de la Reproducció Humana Assistida a Catalunya, 2013", Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Salut, publicació a 2016, p.7: *"hi continua havent mancances d'informació en els apartats sociodemogràfics (estat civil, ocupació laboral i nivell d'educació), cosa que no permet poder treure'n conclusions"*. Versió digital: [http://salutweb.gencat.cat/web/.content/home/el\\_departament/estadistiques\\_sanitaries/dades\\_de\\_salut\\_i\\_serveis\\_sanitaris/reproduccio\\_humana\\_assistida/documents/fivcat\\_2013\\_resum\\_resultats.pdf](http://salutweb.gencat.cat/web/.content/home/el_departament/estadistiques_sanitaries/dades_de_salut_i_serveis_sanitaris/reproduccio_humana_assistida/documents/fivcat_2013_resum_resultats.pdf); última visita 05.03.2017.

<sup>203</sup> STSJC núm. 135/2006, de 27.09.2007 (RJ 2007/8520; MP: Alegret Burgués, M.E.).

<sup>204</sup> Si bé és cert que l'instrument públic garanteix la llibertat, consciència, caràcter exprés i escrit del consentiment prestat per assumir la paternitat resultant de la inseminació, part de la doctrina catalana havia estat crítica amb la redacció de l'art. 92 del CF (GARRIGA GORINA, M. "Atribució de la paternitat al marit de la mare en les tècniques de reproducció assistida. Comentari a la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (Sala Civil i Penal) núm. 28/2007, de 27.09.2007 (MP: Alegret Burgués, M.E.)", *Indret* 1/2008, p. 7. Versió digital: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/77877/101732>; última visita: 05.03.2017): el requisit d'escriptura pública mancava de justificació si es tenia en compte que l'art. 97 CF no exigia el mateix quan la tècnica era aplicada a una dona en una relació estable de parella, com tampoc si la dona era soltera. El Govern català es va mostrar sensible davant les crítiques i va eliminar l'exigència d'escriptura pública en l'actual 235-8 CCCat.

per tal que el signin ella i el seu marit. En aquest document constava que la tècnica es realitzaria amb espermatozoides procedents de donant; que el consentiment d'ambdós, manifestat de forma lliure i conscient, a l'aplicació de la IAD suposaria la inimpugnabilitat de la filiació matrimonial; que per tal de determinar la paternitat caldria que s'expressés en escriptura pública i que podia revocar-se en qualsevol moment anterior a la realització de la tècnica concreta consentida.

L'esposa, després de firmar el document, el va entregar a D., que també ho va fer dos dies més tard, sotmetent-se a una prova sanguínia amb la finalitat de trobar un donant que fos el màxim compatible. El novembre de 2001 I. va quedar-se embarassada gràcies a la IAD i, després de donar la notícia al seu espòs, aquest va abandonar el domicili conjugal. A finals del mateix mes la dona va presentar demanda de mesures provisionals de separació matrimonial, que va donar lloc al corresponent procediment judicial en el curs del qual el marit va reconèixer haver firmat el document de consentiment informat. A principis de juliol de 2002 va néixer una nena (M.), i en data de 19.07.2002, D. va presentar demanda per la que impugnava la seva paternitat en relació a la menor. La demanda es fonamentava en dos motius: 1) L'existència d'un vici del consentiment per error en la valoració i abast del document que l'esposa li va obligar a firmar fent-li creure que era relatiu a meres proves de fertilitat; 2) La nul·litat del consentiment per no haver-lo prestat en escriptura pública.

El JPI va desestimar la demanda: respecte el primer motiu no hi havia prova i, per quant al segon, va fixar que l'escriptura pública no era requisit formal imprescindible per a la validesa del consentiment. L'AP de Barcelona també va desestimar el recurs d'apel·lació formulat per l'espòs, que finalment va interposar recurs de cassació per infracció de l'art. 92 CF.

El TSJC, com que en el recurs no s'al·legava cap precepte respecte el vici del consentiment, va entendre que la decisió es limitaria a la interpretació i abast del requisit de forma notarial del consentiment del marit. Amb aquesta premissa, el Tribunal recorda que, a conseqüència de la legislació de 35/1988, *"existeixen dos plans de regulació de la filiació: el realista, basat en el principi de veracitat que pretén la total correspondència entre veritat biològica i la jurídica (...) i el de la ficció legal o voluntarista que es basa en la voluntat i en el consentiment a l'ús de les tècniques de fecundació artificial i (...)l'assumpció d'una paternitat no biològica resultat de les tècniques"* (FJ 4<sup>a</sup>). L'element fonamental en aquesta darrera és la voluntat recíproca de la parella per assumir la maternitat i paternitat, prevalent en tot cas l'interès del fill concebut mitjançant TRA. Per tant, *"existeix la coincidència entre la doctrina en que el que determina l'atribució de la paternitat tractant-se de parelles casades és el consentiment del marit per la utilització d'aquestes tècniques a l'esposa"* (FJ 5<sup>b</sup>). Afegeix que la filiació matrimonial heteròloga, quan s'ha prestat el consentiment d'accés a les TRA, esdevé inimpugnable (art. 8.1 LTRHA)<sup>205</sup>. En aquest sentit es pot dir que la filiació es construeix a través d'una presumpció *iuris et de iure*: el material genètic no podrà ser

<sup>205</sup> Cosa que no s'especifica ni en la LTRHA ni en el CCE pel què fa a la fecundació homòloga. Per contra, recordi's que l'art. 235-28.2 CCCat preveu que, en tot cas – fecundació homòloga i heteròloga –, si la filiació deriva de la fecundació assistida de la mare, l'acció d'impugnació no pot prosperar si la persona la paternitat o maternitat de la qual s'impugna va consentir la fecundació d'acord amb l'article 235-8 i, tampoc, en cap cas, si és progenitor biològic del fill.



investigat per tal d'atribuir relacions paterna filials al vertader pare biològic del nen (art. 5.5 de la LTRA de 1988 i LTRHA).

Pel cas era vital conèixer si s'havia prestat o no el consentiment i si aquest reunia els requisits exigits per la llei. Els arguments que va utilitzar el TSJC per desestimar la demanda van ser fonamentalment dos:

- 1) Donat que el nostre dret es regeix pel sistema espiritualista i només excepcionalment la forma dels actes jurídics és constitutiva, la filiació havia quedat determinada pel consentiment manifestat en el consentiment informat (FJ 8<sup>e</sup>). Aquest últim té la única finalitat d'atribuir la paternitat al marit que consent quan no coincideix amb la biològica ja que es descarta la possibilitat que l'art. 6.3 LTRHA es configuri com una llicència marital sense la qual la dona no pot sotmetre's a les tècniques en solitari (FJ 5<sup>e</sup>). Aquesta interpretació es reforça amb l'art. 3 CCE segons el qual l'interpretet ha d'atendre a la literalitat però no pot desconèixer el context, la resta de l'ordenament jurídic i la realitat social.
- 2) És d'aplicació la doctrina dels actes propis i de la bona fe<sup>206</sup>, que imposa la vinculació de l'autor d'una declaració de voluntat al sentit objectiu de la mateixa. La impugnació per part del marit és incompatible amb la seva conducta de consentir a la IAD de l'esposa (FJ 8<sup>e</sup>). Aquesta interpretació es veu reforçada per l'interès prevalent del menor<sup>207</sup>.

Que el marit acceptés la donació i consentís l'ús de la tècnica a la seva dona per posteriorment impugnar la paternitat és un conducta deslleial envers l'esposa, en perjudici del menor, i una injustificada mutació de l'estat civil (FJ 9<sup>e</sup>).

Aquesta sentència va ser criticada per la doctrina<sup>208</sup> perquè l'articulat de la LTRA de 1988, avui derogada, no és aplicable en matèria de filiació a Catalunya. En segon lloc, el principi de llibertat de forma no regeix en matèria de filiació a Catalunya i no permet justificar l'incompliment del requisit formal establert al CF, com sí passa a les relacions jurídiques de contingut patrimonial.

Amb l'actual art. 235-8 CCCat no s'hagués plantejat el problema perquè s'inclou el consentiment informat que autoritza les TRA com a títol de determinació de la filiació. Tanmateix, el document públic permet donar fe de la identitat del declarant i del contingut de la seva declaració, la qual cosa tindria efectes en l'eventual impugnació de la filiació per raó de defectes en l'expressió del consentiment (art. 235-27.3 CCCat<sup>209</sup>).

---

<sup>206</sup> STS núm. 752/2005, de 14.10.2005 (RJ 2005/7231; MP: Sierra Gil de la Cuesta, I.): *"La doctrina de los actos propios (...) proclama que el principio general de derecho que afirma la inadmisibilidad de venir contra los propios actos constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia del principio de buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente, siempre que concurren los requisitos (...) que tal doctrina exige para su aplicación, cuales son que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica afectante a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior"* (FJ 4<sup>o</sup>).

<sup>207</sup> Recollit a l'art. 2 de la LO 1/1996. També a l'art. 5 de la llei catalana 14/2010, de 27 de maig dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència («BOE» núm. 156, de 28 de juny de 2010).

<sup>208</sup> GARRIGA GORINA, M. "Atribución de la paternitat...", op. cit., p. 5.

<sup>209</sup> Art. 235-27.3 CCCat: *"1. L'acció d'impugnació del reconeixement de la paternitat fet sense capacitat o per error, violència, intimidació o dol, correspon a qui l'ha atorgat i als seus representants legals. (...) 3. El que s'estableix en els apartats 1 i 2 s'aplica*

Alguns dels intèrprets de la LTRHA s'han inspirat en aquesta línia poc formalista que va adoptar la sentència catalana i atorguen més importància a l'existència o no de consentiment que no la seva formalització en compliment estricte dels requisits legals estipulats. Segons aquests, la manca de claredat de la Llei i les costoses conseqüències a què conduiria exigir tots els requisits formals del consentiment, fan necessari atendre al principi espiritualista propi del nostre ordenament i atribuir la filiació quan pot inferir-se que existia consentiment, tot i que aquest no s'hagi plasmat en el document requerit<sup>210</sup>. Altres autors assenteixen a l'admissibilitat de les tesis espiritualistes en la fecundació homòloga – en què la genètica té encara un pes decisiu – però discuteixen la seva aplicabilitat en la heteròloga<sup>211</sup>. Sigui com sigui, s'ha de concloure que l'exigència legal de requisits formals rígids en la prestació del consentiment pot ser especialment qüestionada quan els tribunals fàcilment els poden deixar sense contingut.

### **3.2.1.2. Matrimoni format per dues dones**

*“Mater semper certa est”*<sup>212</sup> és un principi que afirma l'absència de problemes en la determinació i proves de la maternitat, que senzillament ve determinada pel fet directe i indubtable del part.

Mitjançant la Llei 13/2005 es va permetre el matrimoni entre parelles homosexuals però no es va modificar el règim de la filiació per naturalesa<sup>213</sup>. Tampoc la LTRHA, en la seva redacció original, permetia que parelles homosexuals tinguessin descendència a partir del recurs a les TRA. No va ser fins l'any 2007 que es va permetre determinar la doble maternitat. Aquesta possibilitat es va introduir per la Llei 3/2007, de 15 de març, que va afegir un apartat 3<sup>r</sup> a l'art. 7 LTRHA. En conseqüència, podem dir que segueix vigent el principi amb què s'iniciava l'apartat?

S'està d'acord en que així és des d'una perspectiva biològica però el Dret ha permès que la maternitat pugui arribar a determinar-se per elements diferents del part com és la mera voluntat de ser mare.

Així doncs, si bé la maternitat sempre ha estat considerada un resultat biològic que implica una relació fisiològica d'embaràs i part fruit de l'apropament natural, per acte sexual, del gàmeto masculí a l'òvul de la dona<sup>214</sup>, actualment s'ha tancat aquesta etapa per afrontar un nou escenari social. A

---

*també al consentiment donat a la fecundació assistida de la dona*”. Només quan s'estigui a una fecundació heteròloga, com és el cas de la sentència exposada, perquè en la homòloga, d'acord amb l'art. 235-28.2 CCCat, el pare biològic mai podrà impugnar.

<sup>210</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A., “Las figuras contractuales en la reproducción asistida humana: especial estudio de la prestación de servicios de medicina reproductiva en centros privados”, a DÍAZ MARTÍNEZ, A. (Coord.), *Régimen jurídico privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Madrid, Dykison, 2006, p. 74. També SERNA MERONÓ, E., “Comentario al artículo 6. Usuarios de las técnicas”, a COBACHO GOMEZ, J.A. (Dir.) / INIESTA DELGADO, J.J. (Coord.), op. cit., p. 199.

<sup>211</sup> FARNÓS AMORÓS, E. *Consentimiento a la reproducción asistida...*, op. cit. p. 97.

<sup>212</sup> Paulo, en el seu passatge D. 2,4,5.

<sup>213</sup> A diferència de la filiació per adopció, que va ser modificada, permetent-se l'adopció tant conjunta com successiva per matrimonis homosexuals. En la successiva la filiació ja està determinada respecte d'un dels cònjuges, tractant-se d'una filiació per naturalesa, i l'altra constitueix la filiació a través de l'adopció.

<sup>214</sup> En aquest sentit és interessant el que va dir un Jutge americà en un plet relatiu a la maternitat subrogada en els EEUU: “*We really have no definition of mother in our law books (...). Mother was believed to have been so basic that no definition was deemed necessary*”, a “Surrogate Has Baby Conceived in Laboratory”, *New York Times*, 17 d'abril de 1986, p. 26 (citat per RIVERO HERÁNDEZ, F. “¿Mater semper certa est? Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español”, *Estudios monográficos, ADC*, 1997, p. 14. Versió digital: [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-1997-10000500096\\_ANUARIO\\_DE\\_DERECHO\\_CIVIL\\_%BFMater\\_sempert\\_certa\\_est?Problemas\\_de\\_determinaci%F3n\\_de\\_la\\_maternidad\\_en\\_el\\_ordenamiento\\_espa%F1ol](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1997-10000500096_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_%BFMater_sempert_certa_est?Problemas_de_determinaci%F3n_de_la_maternidad_en_el_ordenamiento_espa%F1ol); última visita: 06.03.2017).

aquesta nova realitat han contribuït decisivament les TRA, que han reforçat una qüestió de fons que ja havia estat encetada per l'adopció: que la filiació jurídica no coincideix amb la filiació biològica. Per tant, no hi ha dubte que la legalització de les TRA ha precedit la possibilitat de determinar una doble maternitat en el nostre ordenament jurídic: és un fet ben sabut que a dues dones els és impossible procrear de forma natural atès que sempre els és necessari l'aportació d'esperma per un tercer donant.

Si bé aquesta aportació és totalment necessària des d'una perspectiva biològica, els avenços científicotecnològics no impedeixen que, de forma excepcional, també els òvuls siguin donats per una dona aliena a la relació o que ambdues participin en el projecte parental de forma activa: una prestant l'òvul/s (mare genètica) i l'altra gestant el preembrió/ons (mare biològica o gestacional) creats a partir de la conjunció d'aquells amb esperma de tercer (tècnica coneguda amb les sigles ROPA<sup>215</sup>).

La proliferació de les TRA i el reconeixement legal de les parelles, casades o no, del mateix sexe ha provocat que s'hagi configurat legalment la determinació de la doble maternitat a favor de la mare biològica gestant i la mare no gestant que se sotmeten conjuntament a la fecundació assistida. La majoria de la doctrina utilitza els termes *doble maternitat legal* o *doble maternitat per naturalesa*, ja que tant en el CCE com en el CCCat es contemplen dues classes de filiació, per naturalesa o per adopció i, com ja s'ha anat dient fins aquí, les excepcionalitats de la LTRHA es complementen amb les regles generals previstes per la filiació per naturalesa de les *Lleis civils*. La particularitat del CCCat és que, contràriament al silenci del CCE, inclou - dins la filiació per naturalesa - mitjans especials per determinar la filiació derivada de la fecundació assistida de la dona.

#### **A) La doble maternitat a la LTRHA**

Els primers supòsits en què es va reconèixer com a mare legal la companya sentimental que convivia amb la mare biològica de forma estable van ser a través de la institució de l'adopció. L'any 2000, amb anterioritat a la legalització del matrimoni homosexual a Espanya, les primeres lleis autonòmiques van començar a admetre l'adopció conjunta per parelles homosexuals<sup>216</sup> i, també en

---

<sup>215</sup> És un mètode més costós i invasor que persegueix una major connexió de les dues dones amb el futur del nascut. Com apunta FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento a la reproducción asistida...* op. cit., p. 103, inicialment els centres espanyols estaven en la negativa de practicar-la perquè no figura a l'annex de la LTRHA. Es tracta d'un supòsit complex perquè la dona que aportaria l'òvul no és ni la receptora d'aquest ni és una donant en el sentit de l'art. 5 LTRHA. Per això es requereix autorització de l'autoritat sanitària corresponent previ informe favorable de la CNRHA, la qual va emetre un informe favorable autoritzant accedir a la tècnica ROPA a dues dones casades. Aquest informe no es troba publicat. És interessant la notícia que va aparèixer als diaris. A tall d'exemple: LÓPEZ, Celeste. "Vía libre para la donación de óvulos fecundados entre lesbianas. Dos mujeres podrán participar en la concepción de su hijo. El informe de la Comisión de Reproducción Asistida acaba así con un vacío legal", *lavanguardia.es*, 16.12.2008. Accessible des de: <http://www.lavanguardia.com/vida/20081216/53600403007/via-libre-para-la-donacion-de-ovulos-fecundados-entre-lesbianas.html>; última visita 09.03.2017.

MUÑOZ DE DIOS, L.F., "La doble maternidad y el artículo 44.5 de la Ley del Registro Civil" a *NotariosyRegistradores.com*, <http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/la-doble-maternidad-y-el-articulo-44-5-de-la-ley-del-registro-civil/>; última visita: 19.04.2017. "Tradicionalmente se decía que madre no hay más que una, lo que no se cumple, ni desde el punto de vista biológico ni legal. En cuanto al primero, desde finales de 1988 en España (...) son posibles dos madres biológicas, una que pone el óvulo (la genética) y la otra que porta el embrión-feto (gestación), ello merced a la FIVTE".

<sup>216</sup> La pionera va ser la Llei Foral 6/2000, de 3 de juliol, d'Igualtat Jurídica de les parelles estables de la Comunitat Foral de Navarra (BON núm. 82, 7.7.2000). Posteriorment la Llei 2/2003, de 7 de maig, reguladora de les parelles de fet del País Basc (BOPV, núm. 2003100, 23.5.2003); la Llei 2/2004, de 3 de maig, de modificació de la Llei 6/1999, de 26 de març, relativa a

aquell moment, es va plantejar l'eventualitat de reconèixer la doble maternitat en els casos que intervenien les TRA.

És il·lustrativa la RDGRN núm. 6/2006, de 05.06.2006<sup>217</sup>, anterior a la introducció de la doble maternitat en el nostre ordenament jurídic, que va resoldre una sol·licitud d'inscripció de maternitat de la cohabitant de la mare biològica que va ser rebutjada pel caràcter únic de la maternitat a l'ordenament espanyol<sup>218</sup>.

Com s'ha apuntat en més d'una ocasió, amb la DA 1<sup>a</sup> de la Llei 3/2007 es va afegir un apartat 3<sup>r</sup> a l'art. 7 de la LTRHA, que admetia expressament la doble maternitat respecte de dones casades<sup>219</sup>. D'ençà es va cessar el rebuig a títols de determinació diferents del part, com feia fins llavors la LTRA de 1988 i com encara es recull en l'art. 10.2 LTRHA relatiu a la gestació per substitució<sup>220</sup> pel què fa a la mare no gestant (*"la filiació dels nascuts per gestació per substitució serà determinada pel part"*). És de merèixer recordar que aquest article no és aplicable a la nostra Comunitat Autònoma catalana en virtut de la DF 1<sup>a</sup> LTRHA i el cas català serà abordat separatament.

El tenor literal de l'art. 7.3 LTRHA fixa que:

*"Quan la dona estigui casada, i no separada legalment o de fet, amb una altra dona, aquesta última podrà manifestar conforme el disposat en la LRC que consent que es determini al seu favor la filiació respecte al fill nascut de la seva cònjuge"*.

La redacció actual ha estat recentment introduïda per la DF 5.1 de la Llei 19/2015 però originalment, amb la redacció de la Llei 3/2007 es presentava de la següent manera:

*"Quan la dona estigui casada, i no separada legalment o de fet, amb una altra dona, aquesta última podrà manifestar davant l'Encarregat del Registre Civil del domicili conjugal que consent en que quan neixi el fill de la seva cònjuge es determini a favor seu la filiació respecte al nascut"*.

En conseqüència, es pot constatar a simple vista que els canvis produïts afecten tanta la forma de consentir com al requisit temporal de manifestació de la voluntat de ser la mare legal del fill.

---

parelles estables no casades d'Aragó (BOA, núm. 54, 12.5.2004); la Llei catalana 3/2005, de 8 d'abril, de modificació del Codi de Família, la Llei d'Unions estables i el Codi de Successions (DOGC núm. 4366, 19.4.2005); i, finalment, la Llei 1/2005, de 16 de maig, de Parelles de Fet de la Comunitat Autònoma de Cantàbria (BOC núm. 98, 24.5.2005).

<sup>217</sup> (JUR 2007/130356)

<sup>218</sup> En síntesi, en aquesta es disposava que: partint del principi que les parelles del mateix sexe no deuen ser objecte de discriminació, els efectes atribuïts a les mateixes no poden arribar a l'extrem que s'estableixi doblement, per la sola declaració de les interessades, la maternitat tant respecte a la dona que ha donat a llum com respecte de la companya estable d'aquesta. Subratllava que la maternitat és única en el nostre Dret i queda determinada per naturalesa o per adopció, resultant en el primer cas, respecte la mare, del fet del naixement. El principi de veracitat biològica que inspira l'ordenament en matèria de filiació s'oposa frontalment a que, determinada la maternitat pel fet del part, pugui sobrevenir un altre reconeixement de la maternitat per una altra dona. En definitiva, *"el vincle intentat de maternitat respecte de qui no és mare biològica només pot obtenir-se a través de tot el mecanisme de l'adopció (...) sense que aquest Centre Directiu pugui anar per via d'interpretació més enllà del recentment decidit i aprovat pel legislador"*.

<sup>219</sup> A diferència del que succeeix en el Dret francès. Vid. FLORES RODRÍGUEZ, J., "Nuevas formas de familia, filiación y técnicas de reproducción asistida", *Actualidad Civil*, núm. 5, mayo 2014, p. 544.

<sup>220</sup> Vid. BARBER CÁRCAMO, R., Reproducción asistida y determinación de la filiación. *REDUR*, núm. 8, diciembre 2010, p. 29. Segons ella l'últim bastió del *"mater semper certa est"* és l'art. 10.2 LTRHA: *"la filiació dels fills nascuts per gestació de substitució serà determinada pel part"*.

Cal començar establint que la reforma operada a la LTRHA en virtut de la Llei 3/2007 va resultar ser mal plasmada en l'art. 7.3 d'aquell text legal atès que la redacció que es va utilitzar per a permetre aquesta nova forma de filiació va generar nombrosos problemes interpretatius i d'aplicació en els Registres Civils en els què hauria de figurar la filiació, sent ja possible una doble maternitat sense adopció<sup>221</sup>.

Independentment de la valoració que es pugui fer de la reforma i els seus resultats s'entén de forma unànime<sup>222</sup> que el 2007 es va introduir en el dret de filiació estatal el principi del consentiment com a títol autònom de determinació d'una relació de maternitat no adoptiva però tampoc natural. Aquest nou títol atribueix la maternitat independentment de la connexió genètica que la mare no gestant tingui amb el fill nascut de la seva muller. Respecte de la mare gestant també és independent l'aportació genètica però no la biològica perquè la seva maternitat es determina pel criteri tradicional del part. Amb tot, sorgeix el dubte de si ens trobem davant un nou criteri de determinació de la filiació materna per naturalesa, òbviament diferent de la biològica, o bé davant d'un nou criteri de determinació de la filiació materna de caràcter legal (que s'aproxima a l'adopció però amb menys complicacions formals)<sup>223</sup>.

El que és clar és que, des que es va plantejar la possibilitat d'una doble maternitat es va veure potenciada la inadequació entre el dret de filiació, la normativa bàsica del qual es troba en el CCE, i l'eventualitat que dues dones poguessin tenir i portar a terme un projecte de maternitat en comú. Com afirma la doctrina<sup>224</sup>, està resultant molt complex relacionar normes basades en la veritat biològica (element genètic) amb el principi del consentiment que regna en la reproducció assistida i l'assumpció formal i social d'una maternitat que, per naturalesa, no correspon. En definitiva, ens trobem davant del cas més evident de ruptura entre el concepte jurídic i biològic de paternitat<sup>225</sup>.

### • Crítica a la forma d'incorporació i ubicació de l'art. 7.3 a la LTRHA

Tot i que la introducció d'un tercer apartat a l'art. 7 LTRHA va permetre satisfer als qui consideraven que, estant en vigor de la Llei 13/2005, la LTRHA era discriminatòria amb les parelles homosexuals, la reforma ha estat criticada tant des d'un punt de vista de tècnica legislativa com des d'un punt de vista substantiu. Per quant al primer, es critica que la seva introducció es produís per una llei que poc tenia a veure amb la LTRHA i, a més a més, quan aquesta última encara no havia complert el seu primer any de vigència<sup>226</sup>. Aquesta discutible tècnica legislativa planteja dos problemes:

<sup>221</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A., "Acción de reclamación de filiación ejercitada por la mujer que no fue la madre gestante: nuevo paso en la doble maternidad derivada de reproducción asistida", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 10/2014, p. 2.

<sup>222</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>223</sup> El Preàmbul del llibre segon del CCCat, fixa que "evidentment, la maternitat derivada del mer consentiment per a la procreació assistida de la seva esposa o companya no és una maternitat biològica, per naturalesa, sinó una relació jurídica purament legal".

<sup>224</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, "Acción de reclamación...", op. cit., p. 2.

<sup>225</sup> A excepció de la concepció a través de ROPA (una de les dones aporta els ovòcits i l'altra gesta al fill amb aquests, que són fecundats per semen de donant).

<sup>226</sup> VERDERA SERVER, R. A COBACHO GOMEZ, J.A. (Dir.) / INIESTA DELGADO, J.J. (Coord.), *Comentarios a la Ley 14/2006...* op. cit., p. 215. "Prueba de esta escasa conexión puede verse en que la Exposición de Motivos de la Ley 3/2007 (...) ni siquiera menciona la modificación que afecta a aquella Ley. Más todavía: como se ha visto, en la tramitación parlamentaria de

La inserció de la norma es produeix en l'apartat 3<sup>r</sup> de l'art. 7 LTRHA, que no està dedicat a la determinació legal de la filiació. A més a més, l'apartat 1<sup>r</sup> d'aquest article disposa que les excepcionalitats en què no regirà la remissió a les *lleis civils* es troben en els arts. 8, 9 i 10, sense tenir en compte que en el seu mateix apartat 3<sup>r</sup> es recull la primera norma especial que no es contempla a les *lleis civils* (al menys en el CCE). En conclusió, hagués estat més raonable ubicar la doble maternitat a l'art. 8, encapçalat amb la rúbrica “*determinació legal de la filiació*”.

D'acord amb la DF 1<sup>a</sup> de la Llei 3/2007, el títol competencial per la que es dicta la norma és l'art. 149.1.8<sup>a</sup> CE, per quant l'Estat té la competència exclusiva en la “*ordenació dels Registres i instruments públics*”. Aquesta disposició s'ha de coordinar amb la DF 1<sup>a</sup> de la LTRHA, que al·ludeix simplement a l'art. 149.1.8<sup>a</sup> CE en què conviuen competències estatals i autonòmiques: el CCCat regula aquesta matèria però s'hauria d'explicitar perquè podria plantejar-se si l'art. 7.3 s'aplica també als matrimonis de dones amb veïnatge civil català i a les quals s'apliqui el CCCat<sup>227</sup>.

- **Requisits subjectius, formals i temporals de la doble maternitat a l'art. 7.3 LTRHA**

Després de l'entrada en vigor del nou precepte, el que s'ha erigit com a origen de la filiació legal és la voluntat de la dona no gestant. Aquesta únicament és vàlida en un rígid marc subjectiu, temporal i formal, sense tenir cap correspondència amb la veritat biològica perquè la qui manifesta el consentiment en cap cas ha gestat al fill i, normalment, tampoc ha aportat el seu material genètic<sup>228</sup>.

Des d'un punt de vista substantiu, les crítiques s'han centrat en la diferència que es constata en el règim d'accés a la filiació derivada de les TRA quan es tracta dues dones unides en matrimoni respecte dels matrimonis heterosexuels que utilitzen la fecundació heteròloga<sup>229</sup>. Per tal que consti la doble maternitat s'exigeixen una sèrie de requisits que s'articulen a través dels arts. 7.3 LTRHA i 44.5 LRC.

Pel què fa als requisits subjectius, l'article es refereix a dues dones que es trobin unides per matrimoni. El consentiment només s'exigeix de la no gestant però en cap cas de la gestant: no és necessària la seva anuència per tal d'establir una doble maternitat.

L'exigència de matrimoni ha comportat que part de la doctrina al·legui la discriminació legal que això suposa en front a parelles de dones no casades, les quals no poden accedir a la filiació conjunta<sup>230</sup>, a diferència del que passa amb les parelles no casades heterosexuels. En definitiva, el

---

*la LTRHA ya hubo iniciativas que proponían una modificación similar y entonces se rechazaron... para aprovechar luego una Ley posterior y reintroducirlas”.*

<sup>227</sup> *Ibíd.*, p. 217, que fa referència al CF per ser la norma immediatament anterior al llibre segon del CCCat, on actualment es regula.

<sup>228</sup> Recordeu l'excepció feta a la 215.

<sup>229</sup> FARNÓS AMORÓS, E., *La filiació derivada de reproducció assistida: voluntat y biología*, Madrid, Estudios Monográficos, ADC, tomo LXVIII, 2015, fasc. I, p. 11.

<sup>230</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A., “La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 21, enero-diciembre 2007, p. 107. Afegeix com a terme comparatiu el tractament que la LTRHA dispensa a l'home no casat que consent a la reproducció assistida de la seva parella (art. 8.2 LTRHA).

NANCLARES VALLE, J., “Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 7/2008, p. 29. Veu injustificada la diferència de tracte entre matrimoni i parella estable donada la falta de veracitat subjacent a ambdós supòsits.

legislador ha optat per restringir la possibilitat de doble maternitat i s'exclouen tant la doble maternitat no matrimonial per naturalesa com la doble paternitat, tant matrimonial com no matrimonial, per naturalesa (*vid.* art. 10 LTRHA).

Si bé l'art. 6.3 LTRHA, referent al consentiment del marit no separat de la dona usuària de les TRA en matrimonis heterossexuals, exigeix que en cas de separació legal o de fet aquesta sigui fefaent, ni l'art. 7.3 ni el 44.5 LRC ho expliciten. Part de la doctrina ha trobat certament sorprenent que aquests dos últims articles prevegin la separació i, de concórrer, impedeixin configurar la doble maternitat, perquè la rellevància de la voluntat de la no gestant resideix en consentir que la filiació respecte el fill nascut de la seva cònjuge es determini al seu favor i no en consentir el sotmetiment d'aquesta última a les tècniques, com és el cas de l'art. 6.3 LTRHA pels matrimonis heterossexuals<sup>231</sup>.

En quant als requisits de forma, es fixa que la manifestació de la cònjuge de la gestant es faci *conforme al disposat a la LRC*. Recordeu que aquest requisit ha estat introduït per la Llei 19/2015, que també va reformar la LRC, per tal de coordinar les exigències del consentiment a la nova redacció de l'art. 44 LRC (*inscripció de naixement i filiació*). Aquest últim, en el seu apartat 5<sup>e</sup> es limita a establir que la filiació constarà com matrimonial quan la mare estigui casada, i no separada legalment o de fet, amb una altra dona i aquesta última manifesti que consent en que es determini al seu favor la filiació respecte al fill nascut del seu cònjuge<sup>232</sup>. En comparació amb la redacció anterior a 2015 només canvia que llavors calia acudir expressament al RC del domicili conjugal<sup>233</sup>.

A diferència dels matrimonis heterossexuals, en què d'acord amb l'art. 6.3 LTRHA caldrà que el marit presti el consentiment en el mateix document sanitari per l'aplicació de les tècniques, sense necessitat de cap més formalitat per tal d'atribuir la paternitat, en el cas que ens ocupa no s'exigeix tal consentiment previ, possiblement perquè entre dues dones no pot operar cap presumpció de filiació<sup>234</sup>. El disposat en l'art. 7.3 LTRHA s'assembla més al consentiment que determina la filiació, és a dir, el contemplat en l'art 118 CCE (*"faltant la presumpció de paternitat del marit per (...)"*)

<sup>231</sup> VERDERA SERVER, R. *La reforma de la filiació*. op. cit., p. 121. Com que concorren dues voluntats (el consentiment al sotmetiment de la parella a les tècniques i la d'assumir la filiació del fill nascut), la transcendència de la separació pot veure's en la següent situació: si el matrimoni se separa quan s'ha produït la inseminació o transferència que propicia l'engendrament. En aquest cas no sembla que pugui aplicar-se el que confereixen els arts. 44.5 LRC i 7.3 LTRHA.

En aquesta línia, i respecte de la redacció anterior de l'art. 7.3, QUICIOS MOLINA, S., *Determinación e impugnación de la filiación*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2014, p. 55: "*si en el momento de la declaración (...) no consta el matrimonio de la declarante con la madre gestante, el Encargado tendrá que comprobar que en el momento de nacer el hijo sí estaban ya casadas. A la inversa, se cumplirá la legalidad si las mujeres están casadas al emitirse formalmente la declaración de voluntad de asunción de maternidad y, en consecuencia quedará determinada esta maternidad cuando nazca el hijo aunque ya se hubieran separado o divorciado la madre gestante y la declarante*".

<sup>232</sup> **Art. 44.5 LRC:** "*También constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge*".

<sup>233</sup> En aquest sentit BARBER CÁRCAMO, R., *La filiación en España*, op. cit. p. 23, aprofundia que aquesta declaració s'haurà de consignar en el Llibre Diari del Registre Civil d'acord amb l'art. 108.2 del RRC<sup>233</sup>, de manera que fins que no es practiqui la inscripció concernent al naixement – i independentment de l'aixecament d'acta – no en generarà cap. L'acta d'aquesta declaració implicarà la doble maternitat de forma automàtica i serà irrevocable, sense ulterior aprovació per la mare biològica.

<sup>234</sup> FARNÓS AMORÓS, E. "La filiación derivada de...", op. cit., p. 12; VERDERA SERVER, R., op. cit. a COBACHO (Dir.) / INIESTA, cit., p. 286.

Aquest últim indica que, tot i tractar-se d'una determinació de la filiació que revesteix el caràcter de matrimonial, no s'estableix cap tipus de presumpció de maternitat conjugal. Res impedia que s'establís una presumpció d'aquestes característiques en cas que constés el matrimoni de la mare progenitora amb una altra dona. No obstant, l'art. 7.3 LTRHA configura aquesta imputació de maternitat com una facultat a favor de la mare no progenitora (*"podrà manifestar"*).

*separació legal o de fet dels cònjuges, podrà inscriure's la filiació com a matrimonial si concorre el consentiment d'ambdós").*

De fet, en els matrimonis heterosexuals consentir a la fecundació de la dona no és títol determinant de la filiació perquè només cal que es doni la presumpció de paternitat, a excepció de l'art. 118 CCE, que pretén estendre la presumpció més enllà, pel cas que el nadó s'hagi engendrat fruit de les relacions sexuals entre els ex-cònjuges però ja no pugui quedar determinada la seva paternitat per la via de la presumpció. A partir d'aquestes dades sembla que estem davant dos tipus de consentiment diferents: el necessari per l'accés a les TRA i el relatiu a l'assumpció de la filiació.

Evidentment el més probable és que la cònjuge de la dona receptora presti el consentiment a la fecundació però aquest fet no exclourà que després hagi de consentir com es fixa a l'art. 7.3 LTRHA. Per tant, el marit que vol determinar la seva paternitat respecte el nascut de TRA pot consentir en el mateix document sanitari, i de no fer-ho, aquesta quedaria igualment determinada pel joc de la presumpció de paternitat matrimonial (art. 116 CCE) juntament amb el naixement (art. 115 LRC). Per contra, si la dona casada no manifesta el seu consentiment en la inscripció de naixement un cop produït el naixement del fill, quan es procedeix a la inscripció de naixement d'acord amb l'art. 44 LRC, no hi ha possibilitat que quedi determinada la seva maternitat perquè no opera cap presumpció de maternitat: és impossible presumir de la cohabitació d'un matrimoni del mateix sexe la concepció d'un fill de forma natural.

En síntesi, si el fill neix de dona casada amb una altra i no consta el consentiment d'aquesta última, el fill haurà de ser considerat com fill no matrimonial de la primera i ser inscrit únicament com a fill seu. Queda clar que el consentiment és l'element de determinació de la filiació en aquest supòsit concret.

En la redacció anterior als canvis operats per la Llei 19/2015, es va criticar que l'art. 7.3 LTRHA limités la declaració de la cònjuge no gestant a la forma registral perquè aquesta només és rellevant per la publicitat i el que realment constitueix la filiació legal és el consentiment. En conseqüència hi hauria altres formes que podrien deixar constància d'aquesta expressió de voluntat com és el document públic o el formalitzat en el mateix centre de reproducció assistida<sup>235</sup>. Actualment es permet que la cònjuge de la dona receptora de les TRA presti el seu consentiment també en el centre sanitari, tot i que es refereix al centre hospitalari en que hagi tingut lloc el naixement, per tant, un cop aquest s'hagi produït<sup>236</sup>. Això s'entén així perquè l'art. 44.5 LRC, ja plasmat anteriorment, conté

<sup>235</sup> FARNÓS AMORÓS, E. "La filiación derivada...", op. cit., p. 13.

<sup>236</sup> Això no implica equiparar el consentiment a les TRA i a la filiació. El consentiment a les TRA es pot produir en un altre centre sense que la LTRHA exigeixi l'anuència, per l'accés de la receptora, de la seva cònjuge. Per quant a l'anuència de la cònjuge, la dada resulta curiosa perquè la determinació extrajudicial de la paternitat, matrimonial o no matrimonial (art. 118 i 120.2 CCE respectivament), a través del reconeixement del pare sempre exigeix o bé el consentiment de l'altre progenitor o bé del fill, els seus hereus o l'aprovació judicial. Per tant, en l'art. 7.3 LTRHA s'eludeix tot tipus de control judicial.

D'acord amb VERDERA SERVER, R., op. cit. a COBACHO (Dir.) / INIESTA, cit., p. p. 288: "la única raó que permet explicar aquesta diferència en el cas de l'art. 7.3 LTRHA es troba en el fet que existeix un matrimoni no separat legalment o de fet, encara que aquesta circumstància no s'hagi volgut utilitzar per a configurar una presumpció de maternitat".

Comparant-ho amb l'adopció, MUÑOZ DE DIOS, L.F., "La doble maternidad y el artículo 44.5...", op. cit.: "Amb l'art. 7.3 LTRHA es presumeixen iuris et de iure tant la idoneïtat de l'esposa com l'interès del fill. (...) Igual que l'adopció judicial pel



el següent matís: “*respecte al fill nascut de la seva cònjuge*”<sup>237</sup>. Per tant, la crítica relativa a exigir un consentiment més complexa a la cònjuge de la receptora en comparació amb l'exigir al marit de la dona receptora en els matrimonis heterosexuels s'ha vist parcialment superada<sup>238</sup>. Parcialment perquè encara no s'ha atorgat eficàcia al consentiment més habitual a la pràctica - l'expressat davant del centre de reproducció assistida necessari per a sotmetre's a les TRA - sinó que cal que s'expressi en el centre sanitari on tingui lloc el naixement, la qual cosa ha provocat que persisteixin els detractors i la crítica no cessi, com es veu a continuació.

Per quant als requisits temporals, l'actual art. 7.3 LTRHA proscriu que la dona casada amb una altra “*podrà manifestar (...) que consent en que es determini al seu favor la filiació respecte del fill de la seva cònjuge*”. El temps per a consentir es perllonga més enllà de la gestació, és a dir, després del naixement, i *sine die*. D'acord amb una interpretació literal es pot consentir mentre les dones segueixin casades entre sí i no separades legalment ni de fet amb independència dels anys transcorreguts des del naixement i de inscripció del fill d'una d'elles. Això genera inseguretat jurídica i, per a mitigar-la, seria lògic fixar que el termini coincidís amb el fixat per a inscriure el naixement<sup>239</sup>. Contràriament l'assumpció de la maternitat quedaria a l'arbitri de la voluntat de l'esposa de la mare biològica i ja no podria expressar-se, com s'havia comentat, en el mateix centre hospitalari, sinó que s'hauria de dur a terme mitjançant alguna altra forma reconeguda legalment. La Llei en aquest sentit, com en molts altres, és poc concreta i no especifica quines formes de consentiment reconeix.

Amb anterioritat a la reforma de 2015 el mateix precepte exigia el consentiment en un moment *posterior* a l'aplicació de les TRA i *anterior* al naixement del fill. Doctrinalment es va qualificar “d'estrambòtic” per no entendre la limitació temporal del consentiment amb anterioritat al naixement a efectes de determinar una filiació d'origen voluntari<sup>240</sup>. La norma semblava referir-se al ja concebut (“*quan neixi el fill de la seva cònjuge*”<sup>241</sup>) mitjançant fecundació assistida i per això la doctrina considerava més encertat decretar que el consentiment fos previ a la fecundació donat que resultava ser més coherent amb la noció de projecte parental sobre la que se sustenta la filiació derivada de les TRA.

---

*cònjuge ha de comptar, al menys, amb l'assentiment del progenitor de l'adoptant no emancipat – art. 177.2.2 CCE – “, en el supòsit de l'art. 7.3 LTRHA només es parla de la manifestació de la cònjuge sense referir-se a la gestant.*

<sup>237</sup> Aquesta opció ha estat qüestionada per autors que, quan encara no s'havia aprovat la Llei 19/2015, van tenir en compte el Projecte d'aquesta Llei («BOCG» núm. 101-1, de 23.06.2014), com veurem a l'analitzar els requisits temporals.

<sup>238</sup> No s'ha d'oblidar la opinió del sector doctrinal que justificava l'exigència formal anterior davant del consentiment davant l'Encarregat del RC per diverses raons: l'excepcionalitat del supòsit, la naturalesa del títol de determinació de la filiació, el seu caràcter exclusivament voluntari desvinculat de la realitat i el seu sotmetiment a requisits essencials temporals. Per aquest sector es tractaria de buscar unes garanties màximes d'autenticitat i legalitat en la prestació del consentiment, un corol·lari inevitable en una maternitat totalment allunyada de la realitat. *Vid.* BARBER CÁRCAMO, R., “Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, enero-diciembre 2014, p. 110; DÍAZ MARTÍNEZ, A., “La doble maternidad legal derivada...”, *op. cit.*, p. 85.

<sup>239</sup> D'acord amb l'art. 46 LRC, el termini per a remetre la comunicació de naixement des del centre sanitari és de 72 h des del naixement. Quan per qualsevol causa no s'hagi remès el document en termini, els obligats a promoure la inscripció disposaran d'un termini de 10 dies per a declarar el naixement davant de l'Oficina del RC (art. 47 LRC). No obstant, aquest termini podria arribar als 30 dies quan s'acrediti justa causa (art. 116 LRC, encara vigent). Passat aquest termini, seria necessari tramitar expedient d'inscripció de naixement fora de termini davant l'Encarregat del RC corresponent.

<sup>240</sup> BARBER CÁRCAMO, R., *La filiación en España*, *op. cit.* p. 133.

<sup>241</sup> *Vid.* el quart paràgraf de la lletra A) immediatament anterior.

Llavors les deficiències es traduïen en la inseguretats jurídica que derivava de les pràctiques registrals heterogènies: mentre alguns registres aplicaven estrictament la llei i exigien la compareixença formal amb anterioritat al part, altres registres admetien que aquesta declaració es realitzés una vegada nascut el fill, en el moment d'inscriure'l en el RC<sup>242</sup>. De qualsevol manera, s'ha d'estar a que s'ha abandonat el requisit temporal de consentiment previ al naixement i posterior a la fecundació assistida atès que la Llei 19/2015 permet que la dona no gestant consenti la filiació derivada de les TRA respecte del fill *ja nascut*. Això no obstant, es manté el requisit del matrimoni.

No deixa d'estranyar que el legislador hagi desaprofitat la ocasió per permetre el consentiment previ a la fecundació artificial, possibilitat que tampoc s'aprecia a la pràctica quotidiana de les oficines registrals espanyoles. Tanmateix la doctrina no calma la insistència en el millor encaix d'un consentiment previ a la fecundació el qual normalment serà expressat en el mateix centre de reproducció assistida. Amb tot, el que es regula és la voluntat de tenir el fill com a propi i no la de consentir que la cònjuge se sotmeti a les tècniques que preveu l'art. 6.3 LTRHA pel matrimoni heterosexual<sup>243</sup>. No obstant això, no s'ha d'oblidar que consentir quan el fill ja ha nascut no és coherent ni amb l'existència d'un projecte parental previ ni amb la naturalesa volitiva de les TRA: d'una banda l'interès superior del menor no queda protegit des del primer dia, i de l'altra, el consentiment s'assimila al reconeixement, propi de la filiació no matrimonial, pel què fa als requisits de validesa i eficàcia.

Aquesta qüestió és controvertida perquè d'acord amb l'art. 115 CCE no hi ha cap títol d'atribució de la filiació matrimonial que contempli el consentiment (*"la filiació matrimonial materna i paterna quedarà determinada legalment: 1º. Per inscripció del naixement juntament amb la del matrimoni dels pares; 2º. Per sentència ferma"*). Sí que l'art. 118 CCE preveu que *"podrà inscriure's la filiació com a matrimonial si concorre el consentiment d'ambdós"* cònjuges però es refereix als supòsits en què hi ha separació legal o de fet entre aquests i no pot regir la presumpció de paternitat. En conseqüència, el títol que més s'assimila al de la doble maternitat és el reconeixement de l'art. 120.2 CCE, previst per la determinació de la filiació no matrimonial, però es nega l'equiparació entre la manifestació de la dona no gestant i el reconeixement perquè tot i que aquest és un títol de determinació extrajudicial també voluntari pressuposa la veracitat de la relació biològica entre qui reconeix com a progenitor i el fill<sup>244</sup>.

<sup>242</sup> FARNÓS AMORÓS, E. "La filiació derivada de...", op. cit., p. 16.

<sup>243</sup> BARBER CÁRCAMO, R., "Doble maternidad legal...", op. cit. p. 112.

<sup>244</sup> Ibídem p. 111-114. Tant FARNÓS AMORÓS, E., "La filiació derivada de...", op. cit., p. 109 com FABAR CARNERO, A., "El consentimiento para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y la doble maternidad legal. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo 740/2013, de 5 de diciembre de 2013", *Revista de Derecho UNED*, núm. 15, 2014, p. 188 consideren que la naturalesa jurídica de la declaració de voluntat expressada per la dona no gestant no és assimilable a la d'un reconeixement de la filiació perquè és manifesta i evident la seva falta de correspondència amb la realitat i, en definitiva, es tractaria d'un reconeixement nul (vid. RRDGR de 24 de gener i 28 de desembre de 2002, 29 de gener de 2001 i 27 d'abril de 2005).

En consonància, i anterior en el temps, BARBER CÁRCAMO, R., "Doble maternidad legal...", op. cit. p. 30: *la propia DGRN, en su resolución de 14 de octubre de 2009, tres referirse a dicha manifestación como "el derecho al reconocimiento de la filiación materna de la casada con la madre gestante", afirma inexplicablemente que el art. 7.3 LTRHA "no altera el principio de unidad de la maternidad que consagra el ordenamiento". Llamemos a las cosas por su nombre: ni la previsión del art. 7.3 LTRHA puede calificarse técnicamente de reconocimiento de filiación, por ser manifiesta evidente su falta de correspondencia con la realidad, ni cabe negar que nuestro Derecho admite hoy, inexplicablemente, la doble maternidad por naturaleza.*

Hi ha qui, a favor de la reforma, destaca que el consentiment no opera sobre *possibilitats* sinó *realitats* i l'assumpció de responsabilitats resulta manifesta<sup>245</sup>.

És cert que ni l'art. 44.5 LRC ni el 7.3 LTRHA exigeixen expressament que la concepció es produeixi a conseqüència de les TRA, i es podria encabir el supòsit que aquella es produís per mitjans naturals<sup>246</sup>. De totes maneres, la ubicació de l'art. 7.3 LTRHA pressuposa que només serà possible la doble maternitat en les TRA. A això s'hi afegeix que l'art. 44.5 LRC és una norma adjectiva i no substantiva -com el CCE o la LTRHA -, per això s'ha d'interpretar legítimament referida al supòsit de l'art. 7.3 LTRHA<sup>247</sup>.

La recent RDGRN de 08.02.2017 trenca amb la línia fixada amb anterioritat per la mateixa i entén que l'art. 44.5 LRC es pronuncia a favor de la inscripció pel consentiment *"independentment que les esposes hagin fet ús o no de les tècniques de reproducció assistida, donat que la norma no introdueix aquesta limitació"*. Si el precepte fos interpretat restrictivament -només permetre la inscripció quan es presentés el certificat demostratiu de la pràctica de les tècniques - això jugaria contra l'interès superior del menor<sup>248</sup>.

Per acabar, sembla d'opinió general aplicar extensivament l'art. 8.1 LTRHA als supòsits del 7.3 del mateix text legal, considerant que la filiació en reproducció assistida té un important component volitiu d'assumpció de filiació que manca de substrat biològic i a això s'han d'aplicar els criteris d'estabilitat i irrevocabilitat en interès del menor, la qual cosa prohibeix ulteriors impugnacions només basades en el principi de veritat biològica<sup>249</sup>.

La Llei 3/2007 que va introduir l'art. 7.3 LTRHA no preveu cap criteri d'aplicació retroactiva de les seves disposicions. Què passaria si existís algun cas anterior a l'entrada en vigor del precepte i es volgués determinar la doble maternitat? No hi ha una resposta legal al respecte i són els Tribunals que han hagut de resoldre interrogants com aquest.

<sup>245</sup> VERDERA SERVER, R., op. cit. a COBACHO (Dir.) / INIESTA, cit., p. 280.

<sup>246</sup> VERDERA SERVER, R. *La reforma de la filiació*. op. cit., p. 124.

<sup>247</sup> MUÑOZ DE DIOS, L.F., "La doble maternidad y el artículo 44.5...", op. cit.

<sup>248</sup> Els fets sobre els què es fonamenta la RDGRN de 08.02.2017 són els següents: una dona irlandesa (B.), casada amb una espanyola (M.J.), tenen un fill el 30.07.2016. La qui el gesta és B., per tant, M. J. compareix davant el Jutjat de Pau de Benidoleig (Alacant) el 04.07.2016 per sol·licitar inscripció com a fill matrimonial del nascut de la seva cònjuge. El RC de Benidoleig depèn d'un RC principal (Dènia) i se'ls informa que han de comparèixer en aquest últim acreditant que el naixement ha estat possible gràcies a l'ús de les TRA. El 05.08.2016 M.J. compareix davant del RC de Dènia, sol·licitant la inscripció sense aportar la justificació que se'ls demanava i fonamentant aquesta manca del justificant d'ús de les TRA en virtut de l'art. 44.5 LRC. L'encarregat del RC dicta interlocutòria el 22.08.2016 denegant la inscripció per entendre que l'art. 44.5 LRC no pot interpretar-se desconnectat de la LTRHA, que exigeix l'ús de les TRA, i que no són aplicables les presumpcions del CCE en tant que responen a un esquema normatiu diferent. Davant d'això, la parella presentar recurs a la DGRN al·legant que els dos fills que tenien van ser inscrits el 2009 com a matrimonials sense que se'ls requerís certificat de TRA. La resolució final és que amb la reforma operada per la Llei 19/2015 dels arts. 7.3 LTRHA i 44.5 LRC *"la intenció del legislador ha estat facilitar la determinació de la filiació dels fills nascuts en el marc d'un matrimoni formal per dues dones, independentment que hagin recorregut o no a TRA"* (FJ 4<sup>o</sup>). Amb aquesta RDGRN es va permetre inscriure una filiació derivada d'IA "casolana". Versió digital extreta de MUÑOZ DE DIOS, L.F., "La doble maternidad y el artículo 44.5 de la Ley del Registro Civil" a *NotariosyRegistadores.com*, <http://www.notariosyregistadores.com/web/wp-content/uploads/2017/03/Res-8-Feb-2017-doble-filiacion-materna.pdf>; última visita: 23.04.2017.

<sup>249</sup> DÍAZ MARTÍNEZ. "Acción de reclamación...", op. cit., p. 3; FARNÓS AMORÓS, E. *Consentimiento a la reproducción asistida...*, op. cit. p. 107; VERDERA SERVER, R., op. cit. a COBACHO (Dir.) / INIESTA, cit., p. 290.

- **La STS 740/2013, de 05.12.2013**

Fins el 05.09.2013 a Espanya no s'havia plantejat davant dels tribunals, i a través de l'exercici d'una acció de reclamació de la filiació, que el consentiment procrecional fos suficient per establir un vincle jurídic entre l'esposa no gestant i el fill de l'altra dona<sup>250</sup>.

Fins a dia d'avui el TS ha interpretat de forma molt expansiva l'art. 7.3 LTRHA en dues ocasions, anant més enllà de la seva lletra i esperit: a la STS núm. 740/2013 de 05.12.2013 i la STS núm. 836/2013 de 15.01.2014<sup>251</sup>. Mentre la primera tracta de dues dones (MCSC i CPH) que es trobaven casades, per la qual cosa s'ha cregut oportú fer l'anàlisi en aquest apartat, la segona s'analitzarà en l'apartat relatiu a la filiació no matrimonial perquè es tracta d'una parella no casada. Aquesta jurisprudència és anterior a la modificació de l'art. 7.3 per la Llei 19/2015 (recordeu: el consentiment s'havia de prestar davant l'Encarregat del RC i amb anterioritat al naixement). El desencadenant que porta el cas als Tribunals en ambdós casos és la ruptura de la parella de dones.

En línies anteriors s'ha plantejat què passaria en aquells casos en que la cònjuge de la receptora de TRA no presta consentiment per determinar la filiació del nascut al seu favor, ja sigui perquè el menor va néixer abans de l'entrada en vigor de l'article o perquè no es trobaven casades per la impossibilitat de fer-ho abans de l'entrada en vigor de la Llei 13/2005. A aquestes qüestions s'hi suma la següent: i si, estant en vigor l'art. 7.3 LTRHA en la seva primera redacció, el consentiment es prestés després del naixement?

L'aplicació rigorosa del tenor literal de l'art. 7.3 LTRHA portava a la solució que la única alternativa possible en aquestes dues situacions descrites fos l'adopció del fill de la receptora per la seva cònjuge (art. 176.2.1 i 178.2.1 CCE)<sup>252</sup>. No obstant això, en casos en què el fill havia nascut abans de la vigència de l'art. 7.3, la DGRN es mostrava més flexible, permetent la determinació de la maternitat matrimonial a través d'una expressió "*tardana*" del consentiment. Entrat en vigor l'art. 7.3 LTRHA, la negativa al consentiment posterior al naixement era rotunda<sup>253</sup>.

Malgrat aquesta interpretació, la STS núm. 740/2013 de 05.12.2013 va obrir una via diferent de l'art. 7.3 per a determinar la doble maternitat en cas d'un matrimoni de dones. La Sra. M. i la Sra. C. tenien

<sup>250</sup> La SAP de Toledo, 1ª, núm. 164/2008 de 22.04.2008 (JUR 2008/331973; MP: Buceta Miller, E.), que va desembocar a la STS núm. 320/2011, de 12.05.2011 – examinada en l'apartat relatiu a la doble maternitat no matrimonial –, apuntava la possibilitat d'exercitar una acció de reclamació judicial de la maternitat sense fonament en cap base biològica quan una parella de dones accedia a les TRA (FJ 2ª).

<sup>251</sup> STS 740/2013, 1ª, 05.12.2013 (RJ 2013/7566; MP: Seijas Quintana, J.A.); STS 836/2013, de 15.01.2014 (RJ 2014/1265; MP: Orduña Moreno, F.J.).

<sup>252</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., "Nuevos dilemas jurídicos...", op. cit., p. 133.

<sup>253</sup> Respecte l'expressió tardana del consentiment perquè el naixement s'havia produït abans de l'entrada en vigor de l'art. 7.3 LTRHA vegeu la flexibilitat de la DGRN a les resolucions núm. 3/2008, de 17.04.2008 (JUR/2009/388655); RDGRN núm. 3/2008 de 17.05.2008 (JUR/2009/389880); RDGRN núm. 2/2008 de 22.05.2008 (JUR/2009/389849); RDGRN núm. 4/2008 de 14.10.2008 (JUR/2009/443280); RDGRN núm. 1/2008, de 24.11.2008 (JUR/2010/2732).

Pel què fa a la rotunda negativa a la inscripció de la filiació respecte la mare no gestant perquè el consentiment es presta després del naixement quan ja ha entrat en vigor l'art. 7.3 LTRHA vegeu la RDGRN núm. 8/2008, de 26.11.2008 (RJ/2010/459); RDGRN núm. 12/2013, de 05.07.2013 (JUR/2014/206945); RDGRN núm. 57/2014, de 25.11.2014 (JUR/2015/261443); RDGRN núm. 7/2014, de 21.04.2014 (JUR/2015/87669) i RDGRN núm. 58/2014, de 25.11.2014 (JUR/2015/261467).

una filla en comú (CS.) que va ser concebuda per mitjà de FIV i va néixer el 04.03.2005. Aquesta constava inscrita al RC de Santa Cruz de Tenerife com a filla de M., mare biològica soltera, i posteriorment va ser adoptada per C. Més tard, el 16.03.2007, ambdues van firmar el consentiment informat per una nova FIV de M., i el 03.08.2007 van contraure matrimoni. Per tant, el consentiment es va formalitzar davant la clínica el dia anterior a l'entrada en vigor de l'art. 7.3, quan les dones encara no estaven casades. El 14.12.2007 van néixer dues bessones respecte les quals només constava la filiació materna de M., per això apareixien al RC amb els dos cognoms de la mare biològica. L'actuació immediatament posterior de la mare biològica va ser iniciar un expedient de rectificació d'errors de les inscripcions registrals de les menors per tal de modificar l'error en el seu estat civil – constava com a soltera - i la filiació, amb la pretensió d'incloure la maternitat de C., la seva esposa. Per interlocutòria de 05.03.2008 es va acordar la rectificació parcial, únicament respecte l'estat civil de M., que va recórrer la resolució en apel·lació, desestimant-se íntegrament el recurs el 26.11.2008. El juny de 2009 el matrimoni va posar fi a la seva relació i l'esposa no gestant va formular demanda contra M. reclamant la filiació per possessió d'estat respecte les menors, la qual va ser estimada en primera instància.

La sentència va ser recorreguda per la mare biològica (M.), i l'AP va desestimar la pretensió, confirmant la primera sentència d'instància. En concret va considerar que la possessió d'estat de l'art. 131 CC estava suficientment provada perquè havia estat *ininterrompuda, continuada i pública per temps suficient*, essent quatre els punts que ho demostren: 1) Les successives actuacions consistents en la voluntat de les litigants a un nou procediment de reproducció assistida, acudint al centre per firmar el consentiment, contraent matrimoni i produint-se el naixement; 2) Queda provat el consentiment per la pràctica de la TRA, constituint la voluntat lliure i expressa d'ambdues de ser progenitores. L'AP afegeix textualment: “*en casos com aquest, el consentiment ha de ser apreciat encara que la possessió d'estat hagués estat escassa o no suficientment acreditada com d'ordinari s'exigeix*”; 3) La conducta contra els propis actes de M. perquè, mentre que en apel·lació vol impedir la determinació de la doble filiació materna respecte les menors, anteriorment havia estat persistent en la voluntat de sol·licitar expedient de rectificació d'errors registrals; 4) La Sra. C., que insta la determinació judicial de la filiació, ja havia efectuat altres actuacions judicials, totes dirigides a mantenir el contacte amb les menors (p.e.: mesures prèvies instades davant del JPI, sol·licitant com a mesura provisional la fixació de règim de visites) i queda provat que va compartir la vida amb les menors en qualitat de mare fins al moment en què es va produir la ruptura.

Novament M., la mare biològica, va interposar recurs i aquesta vegada **de cassació** davant el TS, plantejant la incompatibilitat de l'art. 131 CC (referent a la possessió d'estat per a reclamar la filiació<sup>254</sup>) en relació amb l'art. 7 LTRHA (redacció original), així com infracció de la doctrina dels

---

<sup>254</sup> **Art. 131 CCE:** “*Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado. Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada*”.

actes propis, dels arts. 3 i 4 de la LO 3/2007, de 22 de març, per la igualtat d'homes i dones, i la mala interpretació dels arts. 7.3, 8.1 i 8.2 de la LTRHA.

El TS recorda l'equiparació absoluta dels matrimonis contrets entre persones homosexuals i heterosexuals a través de la Llei 13/2005, constitucional d'acord amb la STC núm. 198/2012 de 06.11.2012<sup>255</sup>. Aquesta llei no va reformar el règim legal de filiació perquè va entendre que les accions de reclamació i impugnació eren pensades per les parelles heterosexuals, d'acord amb el principi de veritat biològica.

L'art. 7.3 LTRHA, en la seva redacció original, habilitava que la dona casada pogués manifestar davant l'Encarregat del RC que consentia a determinar la filiació del fill que naixés de la seva cònjuge al seu favor. En el cas concret el consentiment es va prestar abans de la fecundació i a la clínica on es portaria a terme el tractament assistit, la qual cosa el TS entén legítima i susceptible de produir efectes, doncs la protecció integral dels fills (art. 39 CE) no pot quedar subordinada a un requisit formal, com el del consentiment previ davant de l'Encarregat del RC.

La qüestió més espinosa es troba en l'exercici de l'acció de reclamació a l'empara de l'art. 131 CCE sobre possessió d'estat. El TS argumenta que la remissió de l'art. 7 LTRHA a les *lleis civils* possibilita l'exercici de l'acció encara que no existeixi nexa biològic, perquè a la pràctica queda superada pel consentiment per a dur a terme la FIV. El TS torna a subratllar en que *“el consentiment ha de ser apreciat encara que la possessió d'estat hagués estat (...) no suficientment acreditada com d'ordinari s'exigeix”* (FJ 3<sup>r</sup>) perquè la possessió d'estat simplement el reforça, i és a partir del consentiment que queda acreditat que es crea un títol d'atribució de la maternitat.

És curiós que s'al·ludeixi a l'art. 8.2 LTRHA<sup>256</sup>, referent al consentiment de l'home heterosexual no casat quan la fecundació és heteròloga per justificar la importància del consentiment a l'hora de determinar la filiació perquè en el supòsit la parella és homosexual i està casada.

Quant a la doctrina dels actes propis, es defensa que serveix com a element complementari de la possessió d'estat, sobretot quan està en joc l'interès superior de les menors: s'ha de tenir en compte l'esforç de la mare biològica en impedir que es consolidi una situació com l'enjudiciada. A més a més, a fi de tutelar l'interès superior del menor, determinar la maternitat de la no gestant és una mesura que garanteix la unitat i estabilitat entre les tres filles de l'ex matrimoni: les dues bessones i la filla de M. que havia estat adoptada per C.

---

<sup>255</sup> STC núm. 198/2012, Ple, de 06.11.2012 (RTC 2012/198; MP: Pérez Tremps, P.). Una bona anàlisi de la mateixa a BENAVENTE MOREDA, P. “Constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. La garantía institucional del matrimonio y el derecho fundamental a contraerlo (a propósito de la STC de 6 de noviembre de 2012)”, RJUAM, núm. 27, 2013-I, p. 327-353.

La STC núm. 93/2013, de 23.04.2013 (RTC 2013/93; MP Asua Batarrita, A.), va generalitzar els arguments de l'anterior a l'aplicar-los també a les unions de fet. Vid. OLIVA GÓMEZ, E. / TAPIA VEGA, R. / JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. / HERNÁNDEZ CASTEL, E.N. (Coords.), *Temas selectos 4. Hacia el ámbito del derecho familiar*, México, Ediciones Eternos Malabares, 2017, p. 127.

<sup>256</sup> Recordi's l'art. 8.2 LTRHA: “Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el apartado 7 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad”.

Les veus doctrinals consideren que l'interès superior del menor potser hagués estat la justificació més legítima per a forçar l'aplicació de l'art. 7.3 LTRHA. No obstant això, el principi de l'interès superior del menor ha estat qualificat com una clàusula general i la seva aplicació implica posseir un concepte clar<sup>257</sup> de què és més beneficiós pel menor, la qual cosa s'ha d'apreciar casuísticament<sup>258</sup>.

No es pot prescindir del fet que, en el cas que ens ocupa, la dona no gestant podia haver exercitat la facultat que li atorgava l'art. 7.3 LTHRA però no ho va fer: en el moment de contraure matrimoni i abans del naixement el precepte ja es troba vigent.

Aquest cas ens afirma que existeix la possibilitat de determinar *judicialment* la doble maternitat per la conjunció entre: a) possessió d'estat i b) consentiment a l'ús de les TRA la dona no gestant respecte la intervenció sobre la seva esposa.

Respecte la forma sembla que la redacció actual de l'art. 7.3 LTRHA dona valor al consentiment prestat davant la clínica però no el relatiu a l'accés a les TRA sinó el referent a l'assumpció de la maternitat després del part. Per tant, doctrinalment s'opina que el TS li atorga a aquell un valor que no li ha volgut atorgar el legislador, independentment que s'hi pugui estar d'acord o no. A més a més, l'Alt Tribunal no explicita si s'està referint exclusivament al consentiment informat emès en el centre mèdic o si s'admetrien altres mitjans per a acreditar la "*voluntat procreacional*" que considera demostrada. Hauria d'haver estat especialment específic en aquest punt<sup>259</sup>.

En síntesi, amb aquesta possibilitat es pretenen solucionar els límits tant temporals com formals als que se subjectava – i subjecta també actualment però en altres termes – l'art. 7.3 LTRHA i per a fer-ho s'admet l'aplicació de les normes sobre reclamació de filiació del CCE i s'atorga valor al consentiment prestat per autoritzar les TRA de la cònjuge receptora.

La doctrina majoritària es decanta per considerar que ha estat un pronunciament desafortunat: que l'art. 7.1 LTRHA es remeti a les *lleis civils* no significa que, quan la LTRHA no contempli normes especials, s'hagi d'aplicar automàticament el CCE, la qual cosa "*a més de ser poc curosa amb les categories jurídiques de la filiació, podria donar lloc a resultats no coherents amb el sistema escollit pel legislador en la pròpia legislació de reproducció assistida*"<sup>260</sup>. Tot i així, es pot concloure que, d'acord amb aquesta STS, el règim d'accions de filiació previstes al CCE per la filiació natural - per

<sup>257</sup> Es tracta d'un concepte jurídic indeterminat que en cap cas permet una actuació discrecional per part del jutge sinó que constitueix la única possibilitat de fer justícia material. RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., "Nuevos dilemas jurídicos...", op. cit., p. 151.

<sup>258</sup> Es tracta d'un concepte jurídic indeterminat que, en cap cas, permet una actuació discrecional per part del jutge sinó que constituïria la única possibilitat de fer justícia material. La seva aplicació obriria un problema més ampli i complex com és la integració de l'ordenament a través de clàusules generals. Alertant d'aquest perill QUICIOS MOLINA, S., *Determinación e impugnación...*, op. cit., p. 68; RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., "Nuevos dilemas jurídicos...", op. cit., p. 152.

<sup>259</sup> QUICIOS MOLINA, S., "¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer que ha dado a luz un hijo concebido utilizando alguna técnica de reproducción asistida? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 95/2014, p. 13: "*Esa voluntad ¿debe ser la de tener ese hijo, fruto de un concreto ciclo reproductivo, o la voluntad de tener descendencia en común con la madre? ¿Y cuándo se puede entender exteriorizada? ¿Cuándo la pareja femenina de una mujer que consiente en someterse a estas técnicas también consiente al tratamiento en el centro médico? ¿O es necesario que ese consentimiento vaya acompañado de otros actos que permitan entender constante la voluntad de ser madre (los actos integrantes de la posesión de estado)? ¿O, por el contrario, cabe probar que esa voluntad de ser madre se ha expresado aunque no conste el consentimiento en un formulario del centro de reproducción asistida? (...)*".

<sup>260</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M. "Nuevos dilemas jurídicos...", p. 144.

tant, basades en la veritat biològica - és aplicable a casos de TRA i concretament per reclamar la doble maternitat que lluny es troba de les regles pròpies de la procreació natural.

A més a més, s'ha d'advertir que la possessió d'estat no constitueix títol per a atribuir la filiació sinó que és un indicatiu per arribar a conèixer la filiació natural que es reclama en virtut de l'art. 131 CCE. En consonància, la finalitat última de l'art. 131 CCE, partint de la veritat biològica en què es fonamenten les accions de filiació, no és l'atribució de la filiació per mera possessió d'estat sinó la declaració de l'existència d'una filiació per naturalesa. En el cas analitzat, òbviament la maternitat de la no gestant no es pot fonamentar en la veritat biològica i mai es podrà al·legar la possessió d'estat com l'únic fonament de l'acció de reclamació de la maternitat. D'aquí que es justifiqui la decisió subratllant la importància del consentiment prestat per a l'ús de les tècniques.

La doctrina<sup>261</sup> ha estat crítica: que l'art. 7.1 LTRHA faci una remissió general a les lleis civils no vol dir que s'hagi de prescindir de la finalitat i pressupòsits que sustenten les normes de filiació de la LTRHA optant per una aplicació absoluta, automàtica i indiscriminada de les normes del CCE sobre filiació a supòsits no regulats per aquella.

## **B) La doble maternitat al CCCat**

El CCCat, en el seu art. 235-8.1 disposa: *“Els fills nascuts a conseqüència de la fecundació assistida de la muller, practicada amb el consentiment exprés del cònjuge formalitzat en un document estès davant d'un centre autoritzat o en un document públic, són fills matrimonials del cònjuge que ha donat el consentiment”*. Aquest article, ja analitzat respecte de la parella heterosexual, conserva el tenor literal amb què es va incorporar al CF. La diferència entre aquest i l'art. 7.3 LTRHA és que aquest últim no especifica a través de quins mitjans es pot donar el consentiment<sup>262</sup>.

A més a més, i a diferència de l'art. 6.3 LTRHA, l'art. del CCCat no fa referència al “marit” sinó que fa servir el terme general “cònjuge”, preveient que aquest pot ser una dona (art. 44 II CCE i 234-1 CCCat).

Recordi's que en aquest cas la font i mitjà de determinació exclusiu de la filiació és el consentiment a la fecundació assistida. De fet, si s'està a l'art. 235-3 CCCat ja inclou el consentiment a la fecundació assistida de la dona com a mitjà de determinació de la filiació independent: *“la filiació per naturalesa, amb relació a la mare, resulta del naixement; amb relació al pare i a la mare es pot establir pel reconeixement, pel consentiment a la fecundació assistida de la dona, per l'expedient registral o per sentència, i, únicament amb relació al pare, pel matrimoni amb la mare”*.

<sup>261</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M. “Nuevos dilemas jurídicos...”, op. cit., p. 148.

<sup>262</sup> En opinió de MUÑOZ DE DIOS, L.F., “La doble maternidad y el artículo 44.5...”, op. cit., els notaris no es poden negar a autoritzar escriptura pública en la resta d'Espanya, advertint fora de Catalunya que, en tot cas, s'haurà de reiterar el consentiment “conforme al disposat a la LRC”. No obstant això, veient l'antiformalisme del TS no es dubta que donarà per suficient el consentiment escripturat davant de notari.



Per acabar, un incís respecte de la possible impugnació de la maternitat: a l'art. 235-28 CCCat es preveu que la inimpugnabilitat de la maternitat si es va consentir a la fecundació d'acord amb l'art. 235-8 CCCat.

### **3.2.2. Fecundació heteròloga no matrimonial**

#### **3.2.2.1. Parella heterosexual no casada**

En aquest punt s'examina el cas de dona que se sotmet a les TRA amb material genètic de donant amb el consentiment d'un home, que no és el seu marit ni en el moment de realització de les tècniques ni en el del naixement, sinó que pot ser el seu convivent: la llei no exigeix ni convivència ni, en cas que concorria aquesta, cap tipus d'estabilitat.

#### **A) Regulació al CCE**

Respecte la procreació heteròloga és convenient recordar que, en primer lloc, el donant no serà considerat en cap cas pare del nascut atès que la seva donació de material genètic és anònima i, l'art. 8.3 LTRHA disposa que *“la revelació de la identitat del donant en els supòsits en què procedeixi conforme l'art. 5.5 de la LTRHA no implica en cap cas determinació legal de la filiació”*.

L'únic consentiment de l'home no casat que regula la LTRHA és el prestat a efectes de l'establiment de la filiació derivada de TRA heteròlogues: ja s'ha vist que d'acord amb l'art. 8.2 LTRHA es considera *escrit indubtable* als efectes previstos en l'art. 44.7 LRC el document estès davant el centre autoritzat on es reflecteixi el consentiment a la fecundació amb contribució de donant prestat per home no casat amb anterioritat a la utilització de les tècniques. A més a més, l'article també disposa la possibilitat de reclamar judicialment la paternitat.

L'art. 44.7 es refereix a l'expedient registral com a mitjà de determinació de la filiació no matrimonial. En conseqüència, s'atorga valor al consentiment prestat per accedir a les TRA però sempre s'haurà d'incoar un expedient registral per tal que pugui desplegar els seus efectes en la determinació de la paternitat. El consentiment a la fecundació heteròloga per part de l'home *no casat* es constitueix com un *“acte potestatiu de compromís o d'assumpció de les obligacions pròpies de la paternitat abans que es portin a terme les TRA”*<sup>263</sup>. No s'ha de confondre el document sanitari com un nou títol de determinació extrajudicial de la filiació no matrimonial perquè la LTRHA només possibilita iniciar l'expedient registral que, si s'escau, comportarà la declaració de la paternitat i aquesta quedarà determinada en virtut de l'art. 120.2 CCE. En conseqüència, s'acaben aplicant les regles previstes en el CCE.

---

<sup>263</sup> FARNÓS AMORÓS, E. *Consentimiento a la reproducción asistida...*, op. cit. p. 99.

Fins aquí es pot constatar una diferència substantiva respecte el que succeeix amb el consentiment del marit *ex art. 6.3 LTRHA*, que no atorga aquest mateix valor al consentiment per accedir a les TRA.

Pel què fa a la forma d'aquesta manifestació de voluntat, l'art. 8.2 LTRHA només estableix que l'home *no casat* haurà d'expressar el seu consentiment en document sanitari. Malgrat no s'especifiqui les característiques que haurà de complir aquest consentiment, com que es dirigeix a l'establiment de la filiació, també haurà de reunir les notes que s'exigeixen en els arts. 6.3 i 8.1 LTRHA respecte el consentiment del marit: el consentiment haurà de ser "*lliure*", "*conscient*", "*formal*", "*previ*" i *exprés*".

L'art 8.2 LTRHA ha optat per una forma de determinació de la filiació que no ha de confondre's amb el reconeixement davant l'Encarregat del RC, testament o un altre document públic de l'art. 120.1 CCE. En primer lloc perquè amb aquell no es pretén reconèixer un fill ja nascut que va ser concebut mitjançant les TRA sinó que el consentiment s'expressa amb anterioritat a l'aplicació de les tècniques. En segon lloc, amb el consentiment que es presta en els termes de l'art. 8.2 deixa ineludiblement es deixa constància que l'home *no casat* amb la mare no és el vertader pare del nascut perquè el document sanitari sobre el qual es consent fa referència a la fecundació amb contribució de donant. Això provoca que s'incorri en la prohibició de l'art. 7.2 LTRHA: que la inscripció de la filiació en el RC reflecteixi l'origen de la concepció ("*en cap cas, la inscripció en el Registre Civil reflectirà dades de les que es pugui inferir el caràcter de la generació*").

A causa de l'art. 7.2 LTRHA el que succeeix a la pràctica és que la filiació derivada de fecundació heteròloga respecte l'home *no casat* amb la mare també s'acaba establint després del naixement través de les regles de la filiació per naturalesa<sup>264</sup>. En el CCE no regeix la presumpció de paternitat per les parelles no casades i, per tal de determinar la filiació s'ha de recórrer als mitjans de l'art. 120 CCE.

En aquest cas habitualment l'home complimentarà el formulari oficial realitzant la seva declaració conforme a la determinació de la paternitat (art. 120.1 CCE). També podria ser que s'optés per reconèixer al nascut en virtut de l'art. 120.2 LTRHA, principalment en tres casos: a) Quan el centre mèdic en què es produeixi el naixement no hagi implementat la comunicació telemàtica de naixements per la seva inscripció en el RC ; b) Quan no es comuniqui la inscripció de naixement entre les 72h i els 8 dies següents al naixement (art. 46 LRC), prorrogables a 30 (art. 166 RRC) serà necessari comparèixer davant l'Encarregat del RC; c) Independentment dels supòsits a) i b) que es refereixen a la inscripció del naixement pot ser que, quan es plantegin casos de dubte o conflictius, la determinació de la filiació s'hagi de dur a terme separatament i no en el mateix moment de la inscripció de naixement. De ser així estaríem davant del que es coneix com reconeixement de complaença, terme propi de la filiació per naturalesa, amb els riscos que això comporta tant pel què fa

---

<sup>264</sup> FARNÓS AMORÓS, E. *Consentimiento a la reproducción asistida...*, op. cit. p. 100.

a la determinació com per la procedència de la seva impugnació<sup>265</sup>. No obstant això, quan s'acudeix a les TRA i es concep un nadó per una parella no s'està pròpiament en un reconeixement d'aquest tipus perquè els principis i regles de la fecundació assistida ja preveuen la possibilitat d'utilitzar material genètic donat i en cap cas el fill es concep a través del contacte sexual entre la dona i un altre home diferent de la seva parella.

Malgrat tot, pot ser que: a) L'home que va consentir a la tècnica concreta amb intervenció de donant posteriorment es negui a complimentar la declaració conforme o a reconèixer<sup>266</sup>; b) La mare s'oposi a que l'home reconegui al nascut.

En el primer cas, de sol·licitar-se, es podria tramitar el corresponent expedient registral que preveu l'art. 44.7 LRC. En cas d'oposició del MF o de la part interessada que sigui notificada a l'efecte, seria necessari exercitar l'acció de reclamació de la filiació no matrimonial (art. 120.4 CCE) per donar eficàcia al consentiment de qui el va prestar per tal que una dona determinada se sotmetés a la IAD. Ara bé, en tots aquests casos compresos en l'art. 120 CCE, si s'estimés determinar la filiació i, *ex post*, es plantegés una acció d'impugnació de la paternitat, *"aquesta prosperaria ja que, a més que el consentiment va eludir els requisits de l'art. 8.2 LTRHA, la falta de connexió genètica amb el nascut seria fàcilment demostrable"*<sup>267</sup>. Hi ha altra doctrina que opina que l'home podria impugnar-

<sup>265</sup> Un reconeixement de complaença és aquell en que el reconeixedor assumeix de forma voluntària la seva condició de progenitor, conscient de la falsedat biològica de la filiació que s'estableix. El reconeixement és un acte unilateral, personalíssim, irrevocable i pur com pot veure's a GEMA DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, "Derecho de Familia", Thomson Reuters Aranzadi, 2012, p. 1644. Com ja és sabut, l'assumpte ha rebut un tractament confús per part de la jurisprudència i la DGRN, tant per quant a la seva possible nul·litat de ple dret com per quant, de considerar-los vàlida, la procedència de la seva impugnació. A aquest respecte són ineludibles la STS núm. 494/2016, Ple, de 15.07.2016 (RJ 2016/3196; MP: Pantaleón Prieto, F.) i la STS 713/2016, de 28.11.2016 (RJ 2016/5636; MP: Baena Ruiz, E.).

Ambdues entenen que *"el reconeixement de complaença prescindeix de la realitat biològica i aquesta és totalment aliena al reconeixement – no hi és ni el l'acte jurídic i tampoc en la realitat –, no hi ha reconeixement perquè la declaració manca d'objecte referent a la veritat biològica i perquè la filiació per naturalesa no és una institució que s'inventi. El reconeixement de complaença és radicalment nul ab initio i insanable. De fet la pròpia DGRN en nombroses ocasions rebutja la inscripció del reconeixement al·legant que la regulació de la filiació en el CCE s'inspira en el principi de la veracitat biològica, de manera que un reconeixement de complaença de la paternitat no matrimonial és nul de ple dret i no podrà ser inscrit quan en les actuacions hi hagi dades significatives i concloents de les que es dedueixi que tal reconeixement no s'ajusta a la realitat"* (FJ 1<sup>a</sup> de la primera i la segona per remissió a la primera).

La tesi que el principi de veracitat biològica exigiria la nul·litat dels reconeixements de complaença va quedar ja implícitament rebutjada per sentència 793/2004, de 14.07.2004 (RJ 2576/2000). En front l'autoritzat criteri de la DGRN la Sala va considerar que les exigències del principi de veracitat biològica o prevalença de la veritat biològica (arts. 10.1 i 39.2 CE) poden i han de ser cohonestades amb les que imposa el principi de seguretat jurídica en les relacions familiars i d'estabilitat dels estats civils, especialment en interès dels menors d'edat (arts. 9.3, 39.3 i 39.4 CE).

En la STS núm. 494/2016 citada es desglossen tots els motius en contra la nul·litat d'aquest tipus de reconeixements. A més a més, els reconeixement de complaença es diferencien dels anomenats "de convinença", que tenen la finalitat de crear una mera aparença de que existeix la relació de filiació per aconseguir la conseqüència jurídica favorable d'una norma (sobre nacionalitat, permisos de residència, beneficis socials, etc). Després de l'exposat, la sentència va entendre que privar a l'autor del reconeixement de complaença de l'acció d'impugnació de la paternitat fundada en el fet de no ser el pare biològic del reconegut manca de base legal en les normes sobre filiació. També en la sentència es despleguen fins a set motius que recolzen aquesta interpretació del TS, que esdevé doctrina jurisprudencial.

<sup>266</sup> Recordi's que, d'acord amb l'art. 44.4.III.b) LRC la filiació paterna es farà constar en el moment de la inscripció del fill quan el pare manifesti la seva conformitat a la determinació de tal filiació, sempre i quan no regeixi la presumpció de paternitat de l'art. 116 CCE – en parelles no casades no seria el cas, al menys en el CCE – i no existeixi controvèrsia. El legislador de la LRC està pensant en la "declaració conforme realitzada pel pare en el corresponent formulari oficial" de l'art. 120.1 CCE, igualment com la Instrucció de 9 d'octubre de 2015, de la DGRN estableix en el punt 4.3.a) que *"la firma del formulari pel pare implica reconeixement de paternitat conforme a l'art. 120.1 CCE"*. No obstant això, com recorda VERDERA SERVER, R. *La reforma de la filiació*. op. cit., p. 139, convé senyalar que, amb base a la dicció literal de l'art. 44.4.III.b) LRC en aquest precepte també pot encabir-se el reconeixement formal que s'efectuï en el moment de la inscripció de naixement (art. 120.2 CCE).

Pel què toca al reconeixement de la filiació no matrimonial amb posterioritat a la inscripció del fill, l'art. 44.7 LRC fixa que es pot fer mitjançant declaració del pare davant de l'Encarregat del RC però per això es requerirà el consentiment exprés de la mare i del representant legal del fill si fos menor d'edat o d'aquest mateix si fos major.

<sup>267</sup> FARNÓS AMORÓS, E. *Consentimiento a la reproducción asistida...*, op. cit. p. 100.

la però difícilment prosperaria l'acció donat que la mare podria aportar l'expedient mèdic i, d'aquesta manera, es provaria que actua contra els seus propis actes<sup>268</sup>. Una altra postura seria defensar l'aplicació de l'art. 8.1 LTRHA per analogia ja que impedeix a la dona progenitora i al marit que van prestar el seu consentiment per la fecundació heteròloga impugnar després la filiació matrimonial. Procediria l'analogia perquè en ambdós casos el component rellevant és el consentiment previ de l'home i la dona a la fecundació amb contribució de donant, la qual cosa garanteix l'estabilitat de l'estat civil del fill<sup>269</sup>. Aquesta qüestió es reprèn al final d'aquest apartat.

En el segon supòsit, si la mare s'oposa al reconeixement del nascut, en primer lloc es procedirà a tramitar l'expedient registral que es preveu en l'art. 44.7.II LRC. Com que per a inscriure's mitjançant expedient aprovat per l'encarregat del RC cal que no hi hagi oposició ni del MF ni de cap part interessada, si la mare també s'oposa en l'expedient, la última via que es podria intentar és l'acció de reclamació de paternitat<sup>270</sup>. L'esquema a seguir és igual com en el primer cas.

En conclusió sembla que la funcionalitat de l'art. 8.2 LTRHA es troba limitada per l'art. 7.2 del mateix text legal. De totes maneres, el legislador atorga al consentiment en aquest cas un pes més rellevant per la determinació de la filiació que en el supòsit dels matrimonis heterosexuals amb fecundació heteròloga, si bé per les parelles no casades no s'estableix explícitament cap regla de prohibició de la impugnació quan s'ha consentit a l'ús de les tècniques (com a l'art. 8.1 LTRHA).

La introducció d'aquest article, ja en la redacció de la LTRA de 1988, va ser molt qüestionada per la doctrina, que l'analitza en dues parts diferenciades: la primera d'elles és la consideració d'escrit indubtable del consentiment de l'home per l'accés a les TRA als efectes d'atribució de la filiació i la segona d'elles és la reserva que fa *in fine* a l'acció de reclamació judicial de la paternitat.

Pel què fa a la primera qüestió, alguns entenen que el referit document és un reconeixement de no paternitat, tenint en compte la naturalesa jurídica del reconeixement ja comentada. L'art. 44.7.II LRC permet que s'inscrigui la filiació mitjançant expedient aprovat per l'encarregat del RC, sempre que no hi hagi oposició del MF o de part interessada notificada personal i obligatòriament i quan existeixi, entre d'altres, "*escrit indubtable del pare en què expressament reconegui la filiació*". Certes veus doctrinals afirmen que és impossible considerar com escrit de reconeixement l'escrit consentint la fecundació d'una dona amb el semen d'un tercer, perquè, en rigor, l'autor del document el que fa és reconèixer que la paternitat no és seva perquè no n'és el pare biològic. No obstant això, el sentit de la llei indica que la paternitat de l'home no casat quan la fecundació és heteròloga pot inscriure's per mitjà de resolució recaiguda en expedient registral i quedarà legalment determinada la filiació respecte del qui presti el consentiment<sup>271</sup>; per aquesta raó un altre sector doctrinal considera que la

<sup>268</sup> PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada...*, op. cit., p. 181.

<sup>269</sup> BARBER CÁRCAMO, R., "Reproducción asistida...", op. cit. p. 32; VERDERA SERVER, R., op. cit. a COBACHO (Dir.) / INIESTA, cit., p. 302.

<sup>270</sup> La dicció de l'art. 133 CCE (reclamació de la paternitat sense possessió d'estat), no estableix la legitimació de l'home però la jurisprudència del TC li ha reconegut legitimació. *Vid.* nota núm. 274.

<sup>271</sup> DIEZ PICAZO y GULLÓN, L., *Sistema de Derecho Civil*, op. cit. p. 283.

paternitat del fill correspon a l'home qui ha prestat el consentiment de referència perquè implica una assumpció de responsabilitat parental i del rol social de pare<sup>272</sup>.

Fins i tot hi ha els qui defensen que el consentiment de l'home és un reconeixement de complaença, és a dir, el reconeixement d'un fill sabent que la seva declaració de voluntat no es correspon amb la realitat biològica. En conseqüència, el que fa la llei exigint el consentiment per tal que la dona utilitzi les TRA i atribuint-li el valor d'escrit indubtable als efectes de l'art. 44.7 LRC és una ficció legal *contra natura rerum*: fomenta un reconeixement de complaença per donar un pare al fill<sup>273</sup>.

Amb tot, sembla que la opció més lògica seria considerar una proposta de *lege ferenda* que exigís prestar el consentiment en escriptura pública als qui se sotmetessin a les tècniques amb material genètic donat, sempre i quan aquesta es qualificués com a títol de determinació de la paternitat i no s'haguessin de tenir en compte els títols de determinació de la filiació actualment recollits en el CCE i propis de la procreació natural. Això proporcionaria més estabilitat i seguretat jurídica en l'estat civil del menor, amb tots els efectes que això comporta.

Per quant a la segona qüestió, a què es refereix la menció “*queda estàlvia la reclamació judicial de la paternitat*” de l'art. 8.2 *in fine*? No queda explícitament determinat a qui legitima, si a l'home que conviu amb la mare i dóna el seu consentiment a la seva fecundació o al pare biològic. D'acord amb la dicció d'alguns preceptes de la LTRHA, com el 8.3, queda clar que la tendència general de la norma es decanta pel convivent i no pel donant d'esperma. Per tant, com que l'art. 8.2 LTRHA possibilita considerar pare legal al que va consentir i l'art. 133 CCE legitima activament al pare en cas de filiació no matrimonial<sup>274</sup>, de la seva interpretació conjunta s'infereix que l'home que va consentir és qui tindrà legitimació per a reclamar la paternitat, així com el fill, representat per la seva mare si s'escau<sup>275</sup>.

Ara bé, aquesta acció de reclamació només podrà interposar-se per reclamar la filiació no matrimonial en cas que no hagi pogut quedar determinada pels altres mitjans previstos en l'art. 120 CCE. En concret, quan no s'ha reconegut el fill per part del pare a causa d'oposició de la mare (art. 124 CCE) i, com a conseqüència, posteriorment s'insta expedient registral davant l'encarregat del RC del qual tampoc se n'obté cap resolució (per haver mediat oposició del MF o part interessada). També quan el consentiment no es va prestar adequadament: si estigués viciat seria inaplicable la conseqüència de l'art. 8.2 LTRHA, perdent la consideració d'escrit indubtable aquell en què es plasmi el consentiment. Si no estigués viciat, recordi's que s'ha apuntat que el més lògic és que igualment la filiació quedi determinada d'acord amb les normes del CCE, per la limitació imposada que en cap cas pugui revelar-se el caràcter de la generació *ex art. 7.2 LTRHA*.

<sup>272</sup> RIVERO HERÁNDEZ a LACRUZ BERDEJO et al., *Elementos de Derecho civil*, p. 158-159.

<sup>273</sup> GARCÍA CANTERO, a CASTÁN TOBEÑAS. *Derecho civil español, común y foral*, op. cit., p. 234.

<sup>274</sup> Jurisprudencialment ha estat entès així, *Vid.* STS, 1ª, 05.11.1987 (RJ 1987/8336; MP: Carretero Pérez, A.); STS, 1ª, 03.06.1988 (RJ 1988/4736; MP: Santos Briz, J.); STS, 1ª, 03.12.1988 (RJ 1988/9295; MP: Fernández-Cid de Temes, E.) i STS, 1ª, 23.02.1990 (RJ 1990/2755; MP: Latour Brotons, J).

<sup>275</sup> PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada...*, op. cit., p. 185.

Finalment, és obligat plantejar-se si l'art. 8.1 LTRHA, previst pels matrimonis heterossexuals que accedeixen a la fecundació assistida heteròloga, també és aplicable a les parelles no casades. Aquest precepte decreta que ni la progenitora ni el marit que hagin prestat el seu consentiment de manera prèvia, expressa i formal a determinada fecundació heteròloga podran impugnar la filiació matrimonial del fill nascut com a conseqüència d'aquella.

El sector doctrinal majoritari disposa que, pels casos de parella no casada, ja mantingui convivència estable *more uxorio* o no, en què ambdós han consentit a la fecundació artificial heteròloga, la LTRHA no prohibeix la impugnació però no s'hauria de permetre que ni a l'home ni a la dona l'exercitessin<sup>276</sup>. Els arguments per defensar aquesta postura són: a) la irrenunciabilitat de les accions d'estat: d'acord amb aquesta probablement pugui afirmar-se que l'home no casat que va consentir a una fecundació artificial heteròloga no pot impugnar atès que aniria en contra la doctrina dels actes propis, de la bona fe i del principi *favor filii*; b) com que una dona en solitari pot sotmetre's a les TRA (*ex art. 6.1 LTRHA*), sense necessitat de consentiment de l'home, es confirma que el fonament del consentiment en el document sanitari es refereix a l'assumpció de la paternitat<sup>277</sup>.

L'altre sector doctrinal presenta dubtes sobre l'extensió de l'art. 8.2 LTRHA a les parelles no casades i entén que no se sap si la filiació pot ser impugnada o no perquè no hi ha cap norma que s'hi refereixi explícitament i, al tractar-se d'una regla privativa de drets, precisa d'interpretació restrictiva<sup>278</sup>.

Tenint en compte les dues vessants doctrinals és sensat concloure que només procedirà la impugnació si el nascut no procedeix de les TRA consentides o si va existir vici en el consentiment<sup>279</sup>. De qualsevol manera és preferible que s'eviti la judicialització d'aquests casos, oferint mesures de caràcter preventiu més ajustades a la seguretat jurídica per no perjudicar al menor. Per això seria oportú que la filiació s'inscrivís mitjançant el part facultatiu de naixement i el document públic en què es formalitzés el consentiment a IAD i l'assumpció de la paternitat del futur fill.

El consentiment prestat en escriptura pública – que dóna més garanties que no el document públic –, juntament amb l'expedient mèdic, hauria de configurar-se com un nou títol de determinació de la paternitat. D'aquesta manera el consentiment per IAD es constituiria com una espècie de reconeixement però sense estar inspirat en la veritat biològica<sup>280</sup>.

## **B) Regulació al CCCat**

En la filiació no matrimonial derivada de les TRA, independentment que en aquest cas es tracti la fecundació heteròloga, sempre és d'aplicació l'art. 235-13 CCCat, igualment com s'ha analitzat en la fecundació homòloga. Aquest considera que els fills nascuts de fecundació assistida de la mare són fills de l'home o de la dona que l'ha consentida expressament en un document estès davant d'un

<sup>276</sup> RIVERO HERÁNDEZ, F. a LACRUZ BERDEJO, J.L et al., *Elementos de Derecho Civil. IV Familia*, 3ª ed., Madrid, Dykison, 2008, p. 159. També DIEZ PICAZO y GULLÓN, L., *Sistema de Derecho Civil.*, op. cit. p. 184 i LLEDÓ YAGÜE, F "Los destinatarios de las técnicas...", op. cit. p. 361.

<sup>277</sup> PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada...*, op. cit., p. 189.

<sup>278</sup> GARCÍA CANTERO, G. a CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral*, op. cit., p. 234.

<sup>279</sup> PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada...*, op. cit., p. 190.

<sup>280</sup> *Ibidem*, p. 190.

centre autoritzat o en document públic. El legislador català, amb la referència a l'home que va consentir expressament a la fecundació assistida en algun d'aquests dos documents, tampoc exigeix relació d'afectivitat o convivència entre les parts del projecte parental.

Com s'ha enunciat en línies anteriors és oportú analitzar la STSJC núm. 44/2008 de 22.12.2008<sup>281</sup>. Tingui's present que és anterior a l'aprovació del llibre segon del CCCat i llavors era d'aplicació l'art. 97 CF<sup>282</sup> d'acord amb el qual només el document públic era forma vàlida per manifestar el consentiment. Per quant als fets provats, la part actora (G.) va mantenir una relació sentimental des de 1996 fins el 2004 amb el demandat (E.). L'any 2001, com a conseqüència dels problemes d'infertilitat del Sr. E. la parella va decidir acudir a una clínica per tal de poder concebre un fill. El metge els va aconsellar que la única via hàbil era la utilització de la IAD (inseminació heteròloga).

El mateix centre va lliurar a l'actora el document per tal que autoritzessin la inseminació com a parella estable, constant el DNI del Sr. E. però no la seva firma perquè al document hi constava que *"d'acord amb la llei 35/1988 de 22 de novembre, només és requisit imprescindible complimentar les dades i la firma de l'home en cas de vincle matrimonial"*. No obstant això, el demandat va acompanyar a l'actora a les visites ginecòlogues, va estar present en el part i a la clínica, va sol·licitar un permís de paternitat a l'empresa en què treballava i va procedir al reconeixement i inscripció del menor com a propi en el RC juntament amb la seva parella passats 6 dies del naixement.

L'embaràs es va produir el setembre de 2002 i el naixement el juny de 2003. Com en quasi totes les situacions que desencadenen als tribunals, també en aquesta ocasió es va produir la separació de la parella, en concret el novembre de 2004, data fins la qual E. va actuar com a pare. Després d'uns mesos, el març de 2005, E. va reclamar extrajudicialment a G. una solució als problemes de visites que tenia amb el menor, la qual es va negar a acceptar el règim proposat al·legant que el menor no era el seu fill biològic perquè no els unia cap relació patern filial.

El 19.04.2005 la dona (G.), va interposar demanda d'impugnació de paternitat extramatrimonial perquè l'home no havia prestat el consentiment en la forma prevista legalment.

El JPI va considerar provat que el consentiment del demandat a tenir un fill amb l'actora mitjançant IAD havia estat lliure i voluntari. Des del moment en què havia consentit a la inseminació i s'havia produït l'embaràs (setembre de 2002), assumint el rol de pare del fetus, havia de tenir-se per reconeguda la seva paternitat. En conseqüència, entenia caducada l'acció d'impugnació per haver transcorregut el termini de dos anys (art. 109 CF) des de la presentació de la demanda el 19.04.2005.

---

<sup>281</sup> STSJC, 1ª, núm. 44/2008, de 22.12.2008 (JUR 2009/295671; MP: Alegret Brugués, M.E.).

<sup>282</sup> L'antic art. 97 CF: *"els fills nascuts a conseqüència de la fecundació assistida de la mare es consideren fills de l'home que l'ha consentit prèviament en document públic"*. A diferència d'aquest, l'art. 92.1 CF exigia que el marit expressés el seu consentiment a la filiació derivada de fecundació assistida en escriptura pública. El fet que l'home no casat amb la mare pogués fer-ho en acta notarial o en un document qualsevol expedit per funcionari o centre públic (art. 1216 CCE qualifica de documents públics els autoritzats per un Notari o empleat públic competent, amb les solemnitats requerides per la llei) i el marit només en escriptura pública va esser una distinció qualificada d'incoherent. *Vid.* EGEA I FERNÁNDEZ, J. / FERRER I RIBA, J (Dirs.) – LAMARCA I MARQUÈS, A. / RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. (Coords.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'Ajuda Mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 440 i 473-474.

L'actora va recórrer en apel·lació. L'AP de Barcelona va rebutjar la caducitat de l'acció perquè no havien transcorregut 2 anys, comptats no des de l'embaràs sinó des del naixement del menor (el 05.06.2003). En conseqüència es va poder entrar en el fons de la qüestió: la manca de consentiment d'E. en un document públic, tal com exigia l'art. 97 CF. En aquest punt la demanda va ser estimada, ordenant cancel·lar la filiació paterna en la inscripció de naixement del RC, en què a partir de llavors només constaria la filiació materna. No obstant això, llavors va ser l'home (E.) qui va recórrer la sentència d'apel·lació davant el TSJC en interès cassacional, recurs que va ser admès a tràmit perquè es plantejaven "*qüestions jurídiques de relleu sobre les que no existia jurisprudència de la Sala (...)*", puntualitzant que "*sobre la determinació de la paternitat quant de tècniques de reproducció assistida es tracta només s'ha dictat la STSJC de 27 de setembre de 2007— anteriorment analitzada —*".

El recurrent va invocar la infracció de l'art. 111.2 CF<sup>283</sup> en relació amb els arts. 92 i 97 CF per quant va considerar que en apel·lació, al no tenir per acreditada la paternitat del demandat, s'havia fet una interpretació formalista de l'art. 97 CF donat que ell havia consentit en tot moment a la realització de les TRA de la seva parella i va reconèixer com a propi al fill concebut a partir d'aquelles davant l'encarregat del RC.

La sentència, per a donar resposta a la qüestió controvertida es remet als principis que van inspirar la STSJC núm. 28/2007 de 27.09.2007 (FJ 10<sup>e</sup>), que en síntesi són:

- a) El nostre dret es regeix pel sistema espiritualista i, només excepcionalment, quan s'explicita fermament per la llei, el requisit de forma en els actes i negocis jurídics té caràcter constitutiu, condicionant-ne la validesa.
- b) En la interpretació de la llei s'ha de tenir en compte la resta de l'ordenament i la realitat social (art. 3 CCE) i no es pot pretendre que el requisit de forma esdevingui un obstacle insuperable per aquell qui ha consentit expressament però no de forma escrita a les TRA: no es pot obviar el document oficial sanitari, privat però indubtable que, en el present cas, no requeria la firma de l'home no casat<sup>284</sup>;
- c) La doctrina dels actes propis i la bona fe imposa la vinculació de l'autor d'una conducta o declaració determinada al sentit objectiu de la mateixa tal com pugui ser entesa pels tercers. A més, el principi de bona fe impregna el dret civil català "*amb caràcter de principi general i no només en l'àmbit del dret contractual, com resulta de la posterior concreció legislativa en l'art. 111-7 CCCat*". En aquest cas es considera infringida la doctrina esmentada perquè G., que inicialment va consentir que el menor fos inscrit com a fill d'E. en el RC, sabent que no podria prevaldre altra paternitat real a l'haver-se concebut el fill mitjançant IAD, ha

<sup>283</sup> **Art. 111.2 CF:** "*No s'admet la impugnació que només es basi en la fecundació assistida de la mare, si s'ha practicat d'acord amb els arts. 97 i 92 i, per tant, encara que el pare no sigui el progenitor biològic de la persona la filiació de la qual s'impugna*".

<sup>284</sup> A través de la DF 3<sup>a</sup> de la Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions, el legislador català va reformar els articles 92 i 97 del CF per donar cabuda a la prestació del consentiment en forma privada, per tal d'evitar contradiccions entre les normes determinatives de la filiació civil amb el disposat en la legislació administrativa sobre reproducció assistida. L'art. 97 CF va quedar redactat així: "*Els fills nascuts a conseqüència de la fecundació assistida de la mare són fills de l'home o de la dona que l'ha consentit expressament en document estès davant d'un centre autoritzat o en document públic*".



intentat privar una paternitat mútuament consentida per la manca d'un requisit formal en el moment en què la parella acabava la seva relació sentimental.

- d) El reconeixement realitzat per E. juntament amb G. davant l'encarregat del RC passats 6 dies de néixer el nen s'ha d'equiparar a l'exteriorització del consentiment exigida en l'art. 97 CF i no existeix cap motiu que impedeixi invalidar el reconeixement. Per tant, el requisit de forma no pot convertir-se en un obstacle insuperable per qui va consentir expressament a la realització de les tècniques de la parella (FJ 10<sup>b</sup>), ans el contrari: l'interès prevalent del menor – art. 2 LO 1/1996 i art. 3 de la Llei 8/1995 - imposa aquesta interpretació.

A tot això s'afegeix que, a diferència del que succeeix en relació amb els reconeixements de complaença, la filiació no pot ser impugnada quan la concepció s'ha produït mitjançant TRA perquè no existeix possibilitat de reclamació pel pare biològic (FJ 10<sup>b</sup>). En definitiva, es va considerar provat que tant l'actora com el demandat tenien voluntat procreacional i havien acceptat la donació anònima, manifestant el consentiment conscientment i lliurement a l'ús de la IAD que es va implementar a la dona. S'atorga un paper preponderant a la voluntat comú de procrear i al consentiment per l'ús de la tècnica. Per tot això el TSJC va casar la sentència de la SAPB i va resoldre que ambdós havien d'assumir irrevocablement les conseqüències de la decisió atès que la seguretat jurídica i l'interès del menor no podien estar a discreció de les relacions afectives entre ells (FJ 11<sup>b</sup>).

El cas examinat és molt similar, tant pels fets com per l'argumentació jurídica, al vist en la STSJC núm. 28/2007 de 27.09.2007, amb la única diferència que es tractava d'una filiació matrimonial i, en comptes de l'art. 97 CF, era d'aplicació l'art. 92 CF.

Actualment, atenent a la redacció de l'art. 235-13 CCCat, es dona el mateix valor al consentiment prestat en document estès davant d'un centre autoritzat i al formalitzat en document públic. No obstant això, per constatar que, tot i així, la determinació de la filiació mitjançant TRA és problemàtica no pot oblidar-se la SAPB núm. 676/2012 de 19.11.2012<sup>285</sup>.

En aquesta, els fets provats es resumeixen en una parella (D. i T.) que el 2005 va iniciar la relació i, davant la impossibilitat de tenir descendència de forma natural, va emprendre un procés de proves de fertilitat. Tant a la clínica *Dexeus* com a la *Quirón* se'ls va aconsellar la fecundació amb òvuls i semen donats, a la qual van decidir sotmetre's. Les testificals d'amistats i professionals van deixar provat que es tractava d'un desig públic. No obstant això, el consentiment informat emès per la clínica, amb data coincident al dia en què es va produir la fecundació, no va ser signat en aquell moment per D. a causa del seu ingrés en una altra clínica per raó de malaltia. En conseqüència es va entregar el document sanitari a la Sra. T. per tal que posteriorment pogués signar-lo, la qual cosa es va produir.

Abans del naixement del fill l'home va morir i T. va presentar davant del RC el document sanitari que li havien facilitat a la clínica. Ho va fer abans de retornar el document a aquesta última per tal

---

<sup>285</sup> SAPB, 18<sup>a</sup>, núm. 676/2012 de 19.11.2012 (JUR 2013/31747; MP: Viñas Mestre, M.D.).

que fos inclòs a la història clínica. La sentència conclou, en el seu FJ 2<sup>n</sup> que, tot i la mala praxis de la clínica consistent en practicar la fecundació quan encara no s'havia obtingut un consentiment mutu, aquesta no pot perjudicar al fill si s'acredita que hi ha consentiment. Es recorda que, en els casos d'inseminació heteròloga el títol d'atribució de la filiació no es fonamenta en el contacte sexual – veritat biològica - sinó el consentiment que en aquest cas va quedar provat no només per la firma del document sanitari sinó també pel consentiment durant l'embaràs, demostrat en l'acompanyament a les consultes mèdiques de seguiment.

La conclusió és que el Sr. D. coneixia la tècnica i la procedència del material reproductiu utilitzat i, per tant, compartia el projecte de tenir un fill fruit d'una decisió conjunta. Per això, tot i no complir-se les formalitats legals de forma minuciosa perquè el document sanitari va ser signat amb posterioritat a la fecundació i no va ser entregat al centre mèdic, la Sala entén que existeix consentiment. Amb això el TSJC atorga un paper preeminent a la voluntat comú de procrear així com també al consentiment conscient i lliure a l'ús de la tècnica, amb el qual s'assumeixen irrevocablement les conseqüències jurídiques derivades. El títol d'atribució es considera totalment provat i, per tant, procedeix mantenir la filiació inscrita en el RC del menor com a fill de D.

### **3.2.2.2. Parella no casada formada per dues dones**

En vistes de l'exposat en el matrimoni homosexual, apartat en el qual s'ha desenvolupat l'estat actual de la doble maternitat *per naturalesa o legal*, és interessant contrastar si les parelles no casades, unides en relació de convivència estable o no, poden tenir accés al RC per tal d'establir la seva maternitat.

#### **A) Previsions de la doble maternitat a la LTRHA**

El tenor literal tant de l'art. 7.3 LTRHA com de l'art. 44.5 LRC exclou la doble maternitat no matrimonial: queden fora de l'àmbit d'aplicació legal les parelles de dones no casades.

Per tal d'incloure-les s'ha apuntat una possible aplicació analògica del tracte que el legislador dóna a les parelles estables heterosexuales. Tanmateix aquest remei no sembla que encaixi amb l'art. 8.2 LTRHA - que regula l'atribució de paternitat no matrimonial en cas d'home *no casat* en la fecundació heteròloga -, perquè el consentiment a les TRA no és un títol de determinació de la filiació automàtic per la parella de fet heterosexual: com diu el propi article la manifestació de la voluntat només serveix per iniciar un expedient registral als efectes de l'art. 44.7 LRC<sup>286</sup>.

En la doble maternitat la crítica més persistent de la doctrina és la disparitat de tracte entre el matrimoni homosexual de dones i les parelles de dones no unides en matrimoni en quant a la possibilitat de determinar la doble maternitat. Una altra de les opcions plantejades és aplicar a les

---

<sup>286</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., "Nuevos dilemas jurídicos...", op. cit., p. 155; BARBER CÁRCAMO, R., *La filiación en España*, op. cit. p. 138. Aquesta última apunta que la diferència de tracte en la determinació de la filiació entre les parelles estables heterosexuales i homosexuals estaria justificada per la impossibilitat de relació biològica existent entre les parelles de dones. D'aquí que el legislador, a partir del consentiment de l'home a la fecundació heteròloga de la dona, hagi optat per aplicar els títols de determinació de la filiació comuns a les parelles de fet heterosexuales.

parelles no casades l'art. 7.3 LTRHA per analogia però hi ha arguments sòlids en contra d'aquest mecanisme: no hi ha identitat de raó entre els matrimonis i parelles de fet o en convivència estable que permeti recórrer a l'analogia. Se sosté l'estabilitat característica del matrimoni així com la manca d'una norma general de dret comú que exigeixi equiparar aquestes dues classe d'unió. La opinió jurisprudencial ha estat la contrària a l'equiparació perquè ha considerat constitucional el tracte divergent entre els dos tipus d'unió, per les seves diferències objectives<sup>287</sup>.

Altra doctrina<sup>288</sup> enfoca el problema des del punt de vista que el precepte, al requerir el matrimoni, podria implicar una discriminació amb efectes directes sobre el menor. Aquest sector també considera injustificat que no s'hagi previst la doble maternitat en cas de parelles estables, exigint-los, de ser necessari, certa estabilitat: no troben sentit que es negui als fills d'una dona, unida en convivència *more uxorio* amb la no gestant, els drets derivats del doble vincle filial. De ser així, se'ls estaria discriminant per raó de naixement, contravenint l'art. 14 CE.

Amb tot, les parelles estables de dones, quan resulti d'aplicació el règim comú del CCE, tenen dues vies – al menys fins al pronunciament del TS núm. 836/2013 de 15.01.2014 que s'analitza a continuació – per mantenir relació amb el menor. Respecte la gestant, és clar que el part determinarà la seva filiació materna (es desprèn de l'art. 120.4 CCE). Per quant a la no gestant pot: a) adoptar al fill per naturalesa de la convivent quan es compleixin els requisits de l'art. 178.2.2 CCE: adoptanda, adoptant i progenitor han de consentir-hi; o b) sol·licitar, en qualitat de persona propera (*persona allegada*) un règim de relacions personals amb el menor nascut, en virtut de l'art. 160.2 CCE.

En el primer cas es tracta d'una filiació adoptiva però el règim de relacions personals és el més adequat quan la relació sentimental s'ha trencat i, per tant, no es pot donar el requisit que exigeix del consentiment del progenitor en l'adopció.

La primera resolució judicial del TS que es va suscitar relativa al manteniment de les relacions personals per part de la companya de la mare biològica amb el fill d'aquesta es troba a la STS núm. 320/2011, de 12.05.2011<sup>289</sup>. La concepció mitjançant TRA i naixement del fill s'havia produït durant

<sup>287</sup> BARBER CÁRCAMO, R., *La filiación en España*, op. cit. p. 138.

<sup>288</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., "Nuevos dilemas jurídicos...", op. cit. p. 157.

<sup>289</sup> STS, 1ª, 12.05.2012 (RJ 2011/3280; MP: Roca Trías, E.). No obstant això, anteriorment hi havia hagut pronunciaments d'AAPP relatius al règim de relacions personals entre el menor i la dona que havia estat parella estable de la mare biològica: la SAP d'Alacant núm. 149/2008, de 9 d'abril (AC/2008/1358; MP: Rives Seva, J.M.) i la SAP de Santa Cruz de Tenerife, núm. 345/2008, de 21 de juliol (JUR/2009/108644; MP: Adolfo Fernández del Viso Blanco, M. V.).

A la primera sentència la demandant (D.), interposa recurs contra els demandats (T. i A.). La primera havia format una unió estable amb T. i havien conviscut juntes des de 1991 fins a 2001. Durant la convivència, el 1995, T. va tenir una filla a través de IAD, amb la que també van conviure fins la ruptura. Posteriorment T. va contraure matrimoni amb A. i aquest va procedir a adoptar a la menor el gener de 2005. La Sala, confirmant la sentència de primera instància, va desestimar la pretensió de D. d'establir un determinat règim de visites en relació amb la menor. Com a motius per la desestimació la Sala va establir que les plenes funcions derivades de la pàtria potestat eren ostentades pels actuals pares de la menor i D. no podia introduir-se a la vida d'ells amb el règim de visites que pretenia obtenir, com si es tractés d'una mare biològica. La segona raó va ser l'interès superior dels menors: com indicava el "jutge a quo", *la menor, que té (...) 12 anys d'edat, (...) s'ha negat a les relacions preteses per la demandant*".

A la segona resolució, la pretensió principal de la demanda de l'actora era fixar la pàtria potestat compartida per ella i la seva exparella, atribuint-se la guarda i custòdia de la menor a la demandada, amb el consegüent establiment d'un règim de visites, així com també la pensió d'aliments. Subsidiàriament, només demanava l'establiment del règim de visites previst en l'art. 160.2 CCE. El pressupòsit fàctic era l'existència d'una relació d'anàloga afectivitat a la familiar, pública i notòria, entre les litigants durant 11 anys (1994-2005). Al llarg d'aquesta van decidir tenir un fill en comú, acordant que la demandada se sotmetés a una IAD. Després de la ruptura, la mare biològica va contraure matrimoni amb una altra dona. En el seu FJ 2ª la Sala va fixar que *"la relació d'afectivitat establerta per ambdues i la menor fa que no pugui desconèixer-se la naturalesa de la que participa, doncs entre ambdues s'ha establert una relació materno-filial, donant-se totes les connotacions de les establertes per qualsevol pare o mare*

la convivència de la parella, que mai va contraure matrimoni, i la no gestant sol·licita el manteniment de relacions personals una vegada produïda la ruptura.

- **La STS núm. 320/2011, de 12. 05.2011**

Genoveva i Matilde van mantenir una relació de parella, de forma pública i notòria, des de gener de 1996 fins juny de 2006, sense arribar a contraure matrimoni. El 13 de novembre de 2003 M. va engendrar a P., l'embaràs del qual havia estat possible gràcies a IAD. No queda provat si la decisió va ser conjunta per les dues components o no.

El 2006 es va trencar la relació, després d'una situació de maltractaments continuats. Ambdues van interposar denúncia, la qual cosa va provocar que el Jutjat d'Instrucció núm. 2 de Talavera de la Reina atribuís provisionalment la guarda i custòdia a la mare biològica, amb un "*dret de visites*" a favor de la convivent. G., al·legant incompliment per part de la gestant, va sol·licitar en una nova petició que les mesures cautelars acordades s'elevessin a definitives, sobretot el "*règim de visites*".

El JPI núm. 1 de Talavera va estimar la petició en sentència de 19 de març de 2007, fonamentant-se en la protecció de l'interès del menor (art. 158 CCE). Com que va quedar acreditat que la gestant treballava fora del domicili i l'actora restava en aquest la major part del dia, tenia a la menor en la seva companyia durant més temps. Per això es va concedir un "*dret de visites*" molt ampli. La mare gestant va apel·lar, adduint que la única mare biològica amb constància al RC era ella i que el dret de la seva ex parella hauria de ser el de l'art. 160.2 CCE (*relacions del fill amb persones properes*) però no el propi dels qui, tot i ser titulars de la pàtria potestat, no ostenten la guarda.

La SAP de Toledo de 22.04.2008 (*vid. nota 250*) va confirmar la sentència recorreguda, emparant-se també en l'interès superior del menor perquè textualment "*l'important (...) és que resulta indubtable que, pel nen, G. és la seva mare, no biològica, tampoc legal, però mare a fi de comptes des del punt de vista que al menor importa, que no és altra que l'haver conegut a G. com a mare pròpia des del seu naixement*". Va estimar que el dret de visites no s'havia d'interpretar restrictivament perquè no s'havia provat que resultés perjudicial.

Finalment la mare biològica va interposar recurs de cassació, considerant que G. no havia instat judicialment la declaració de cap dret en relació amb la filiació i, per això, el dret de visites que se li havia reconegut vulnerava els drets de la única mare determinada, al tenir que compartir el nen amb una *persona propera (allegada)* però no progenitora. Si se li reconeixia un règim de relacions a la ex-parella no gestant, hauria de ser en l'extensió de l'art. 160 CCE però, per contra, se li havia reconegut el "*dret de visites*" en concepte de *persona propera o "allegada"*.

---

*biològica respecte als seus fills*". El que succeeix és que la demandada prohibia a l'actora qualsevol contacte amb la menor, negant també l'existència d'una determinació comú per a tenir un fill (FJ 4t). La SAP va considerar acreditats els fets demostratius de la determinació comú suficients per tal que operi la presumpció judicial – art. 386 LEC -de que així va ser (FJ4<sup>o</sup>). En conseqüència, per quant a la pàtria potestat, es va descartar la seva procedència perquè, si bé hi va haver una relació materno-filial no genètica – tot i que només fos d'1 any -, la demandant hagués pogut adoptar-la si hagués estat promulgada la Llei 13/2005. La demandant va considerar convingent per la nena un règim de contacte amb ella; per tant, es rebutja la pretensió de compartir la pàtria potestat i s'estima la petició subsidiària d'un règim de visites de la menor a favor de la demandant, fent ús de l'art. 92 i 259 CCE.

El Suprem es nega a qualificar la relació de maternitat i no coincideix en els seus arguments amb els de la resolució recorreguda. Remarca que es tracta d'una situació no regulada pel Dret positiu però que s'ha de tenir en compte que: a) El sistema familiar actual ja no és únic sinó plural d'acord amb l'art. 39 CCE; b) El principi constitucional de protecció del menor, previst en l'art. 39.3 CE, a la Convenció sobre Drets del Nen de 20 de novembre de 1989 i en l'art. 24 de la CDFUE, ha de regir les relacions entre els progenitors i els seus fills, independentment de si estan o no casats<sup>290</sup>; c) En el present cas, tot i no haver-se establert la filiació respecte la no gestant, va existir una unitat familiar entre les convivents i el fill biològic de M. A més a més “no constituïa un fet provat que hi hagués un projecte en comú de maternitat de les dues dones, (...)ni consentiment de la que no va gestar al menor per tal que l'altra se sotmetés al tractament”<sup>291</sup>.

En conseqüència s'ha d'estudiar quin és el règim més adequat per a protegir el menor per tal que, després del conflicte sentimental de la parella, es pugui relacionar amb la persona que no és la seva mare biològica i que tampoc es trobava casada amb aquesta en el moment del naixement.

En aquest sentit, el nen no pot veure retallada la relació i comunicació amb persones que li són pròximes, humana i afectivament, per causa de les diferències entre aquestes persones. Per tant, no s'ha d'entendre com un dret de la companya de la mare biològica sinó com un dret que té el menor de mantenir contacte amb les persones amb qui té una relació afectiva.

En conclusió és aplicable l'art. 160.2 CCE (“No es poden impedir sense una causa justa les relacions personals del menor amb (...)persones properes”) perquè G. compleix amb el concepte de *persona propera* o “*allegada*”. Com que s'aplica l'art. 160.2 CCE, el jutge pot adoptar qualsevol de les mesures enumerades en l'art. 158 CCE. Tanmateix la relació no pot anomenar-se “*dret de visites*” – reservat pels progenitors – sinó que s'ha d'emprar la terminologia de “*relacions personals*”. Ara bé, l'extensió del dret a relacionar-se és una qüestió que ha de decidir el jutge d'acord amb les circumstàncies del cas, buscant el benefici del menor. Per consegüent es manté el règim ja fixat.

Per completar l'anàlisi cal examinar la STS núm. 836/2013, de 15.01.2014, en què les parts litigants són les mateixes. Aquesta fa un pas més, que serà examinat a continuació.

Abans s'ha d'indicar que a la STS núm. 997/2011, de 18.01.2012<sup>292</sup>, s'havia tingut la oportunitat d'obtenir un pronunciament sobre la determinació judicial d'una doble maternitat no matrimonial a través d'una acció de reclamació de la filiació. Se sol·licitaven mesures personals (pàtria potestat, custòdia, visites) i econòmiques (aliments) en relació amb la menor.

V. (actora) i E. (demandada) mantenen una relació afectiva no matrimonial fins el 2006, data en què es produeix la ruptura. El 2003, E. engendra una nena (T.). És aquesta la raó per la qual, després de la ruptura, V. reclama la determinació de la maternitat en seu judicial.

<sup>290</sup> A més a més, d'acord amb els principis derivats de la jurisprudència del TEDH, quan existeixi un lligam familiar amb un nen l'Estat ha d'actuar per a permetre que aquest es desenvolupi.

<sup>291</sup> DÍAZ MARTÍNEZ. “Acción de reclamación...”, op. cit., p. 4.

<sup>292</sup> STS, 1ª, 18.01.2012 (RJ 2012/1788; MP: Roca Trías, E.).

Tant en primera instància com en apel·lació la demanda es va fundar en l'art. 7.3 LTRHA. Ambdues van ser desestimades perquè l'actora no havia pogut contraure matrimoni amb la mare biològica quan va néixer la nena i “*que no es tractava d'una qüestió de discriminació, sinó de legalitat*” (FJ 1<sup>o</sup>).

L'actora, persistint en què, “*permetre aquesta possibilitat als fills de filiació matrimonial i no permetre-la per als fills de relacions (...) no matrimonials, suposaria una discriminació*”, va presentar recurs extraordinari per infracció processal i de cassació que, desafortunadament, van ser inadmesos a tràmit, la qual cosa va impedir un pronunciament sobre el fons<sup>293</sup>.

També amb anterioritat a la STS núm. 836/2013, de 15 de gener, es va dictar la SAP d'Illes Balears va dictar la sentència núm. 546/2012, de 05.12.2012<sup>294</sup>, en la qual l'actora (E.) impugna la maternitat no biològica de la demandada (M.), al·legant que aquesta darrera no és progenitora del menor A. Les raons són que, en el moment del naixement del fill engendrat per E. durant la convivència amb M. mitjançant IAD, la parella no es trobava casada i, a més a més, en el moment de prestar el consentiment de l'art. 7.3 LTRHA el naixement ja s'havia produït.

La parella va contraure matrimoni el 15 de desembre de 2010, pocs dies després de l'engendrament i, aquest mateix dia, van procedir a manifestar el consentiment per tal que també es determinés la filiació a favor de la no gestant. D'aquí que la sentència conclogui que “*el consentiment determinant de la filiació, per absència dels requisits (...), resultava ineficax en dret i l'assentament registral expressiu de la doble maternitat ha de ser rectificat en quant a la filiació atorgada a M.*” (FJ 5<sup>è</sup>).

Cal destacar que en el FJ 3<sup>o</sup> s'al·ludeix a l'art. 8.1 LTRHA per justificar que només és aplicable a parelles heterosexuales i que, per tant, procedeix impugnar. Això no obstant, cal contrastar aquesta decisió amb la opinió doctrinal segons la que *l'aplicació de la analogia iuris, si no es volgués aplicar per analogia legis l'art. 8.1 LTRHA (...), ha de portar-nos a concloure que ni la dona no gestant ni la que sí que ho va ser puguin impugnar una filiació que (...) van consentir i la constància registral de la qual (...) expressament van instar ambdues de les autoritats competents. Invocar a posteriori l'incompliment de requisits formals de l'art. 7.3 no sembla admissible, doncs el principi del consentiment procreacional i el d'estabilitat de l'estat civil i de les relacions familiars, en interès del menor, han d'aplicar-se amb tota la seva força i amplitud, desestimant tota acció d'impugnació (...), encara quan no sigui per estricta aplicació del precepte legal citat*”<sup>295</sup>.

- **La STS núm. 836/2013, de 15.01.2014**

El present cas planteja la possibilitat de determinar judicialment la filiació extramatrimonial per la via de la possessió d'estat d'una parella homosexual de dues dones, després de la seva ruptura, en relació amb un fill nascut durant tal relació mitjançant IAD.

<sup>293</sup> FJ 2<sup>n</sup> de la sentència: “*Es considera inadequada la opció de recórrer en cassació per infracció de drets fonamentals (art. 477.2 LEC) quan la demanda, tot i que invocava discriminació, es va plantejar com acció de determinació de la filiació i, per tant, la via de recurs correcta hagués estat la de l'art. 477.3 LEC*”. També DÍAZ MARTÍNEZ. “Acción de reclamación...”, op. cit., p. 4.

<sup>294</sup> SAP d'Illes Balears, 4<sup>a</sup>, núm. 546/2012, de 05.12.2012 (AC 2012/76; MP: Aguiló Monjo, M.A.).

<sup>295</sup> DÍAZ MARTÍNEZ. “Acción de reclamación...”, op. cit., p. 6.

Les parts litigants i els fets coincideixen amb els de la STS núm. 320/2011, de 12.05.2011 comentada en l'apartat anterior: una parella estable de lesbianes que, per no estar casades i per haver-se produït el naixement del nen abans de l'entrada en vigor de l'art. 7.3 LTRHA (en la seva redacció anterior a la reforma de 2015), no utilitzen la via de l'esmentat precepte. Una de les dones – M. - el 2003, durant la convivència amb G. (1996-2006) va engendrar un fill fruit de IAD. El 2006, una vegada produïda la ruptura, acompanyada de maltractaments, la STS núm. 320/2011, de 12.05.2011 va mantenir a favor de la dona no gestant el règim de relacions personals com a *persona propria* a la menor (art. 160.2 CCE).

Posteriorment la dona no gestant interposa acció de reclamació judicial de la filiació no matrimonial per la via de l'art. 131 CCE, adduint possessió d'estat, per tal que se li atorgui la pàtria potestat.

El JPI núm. 2 de Talavera de la Reina dicta sentència el 23.04.2010 estimant la demanda i declarant-la mare extramatrimonial del menor. La mare biològica recorre davant l'AP de Toledo que el 17.01.2012<sup>296</sup> va revocar la sentència d'instància. La primera admet la viabilitat de la pretensió exercitada d'acord amb l'art. 7.3 LTRHA perquè existeix una relació anàloga d'afecte entre la parella estable i el matrimoni. A part, considera acreditada la possessió d'estat per quedar provats varis fets (la coincidència del segon nom del menor amb el cognom de la reclamant, el tracte com a fill, l'existència d'un projecte comú en el seu dia, etc.).

Els arguments de la SAP difereixen: considera que l'acció exercitada no era la de l'art. 7.3 LTRHA, que hagués estat la correcta, sinó la de l'art. 131 CCE. L'art. 7.3 LTRHA tampoc hagués estat aplicable perquè: a) no té caràcter retroactiu; b) atribueix al nascut una filiació materna matrimonial i, per contra, la demandant reclama l'extramatrimonial. D'altra banda, no té per provada la possessió d'estat pel poc temps d'estabilitat des que va néixer el menor fins la separació: tant sols 3 anys<sup>297</sup>.

Contra la sentència d'apel·lació, la dona no gestant (G.) interposa recurs de al·legant un sol motiu: infracció de l'art. 131 CCE en relació amb el 7.3 LTRHA.

El TS estima el recurs però abans puntualitza que l'anàlisi versaria sobre les funcions que desenvolupa la possessió d'estat tant de legitimació, com de pressupòsit per a l'exercici de l'acció de reclamació de la filiació, com també de mitjà de prova de la filiació reclamada (art. 767.3 LEC). S'ha de plantejar la compatibilitat entre la possessió d'estat i la normativa de les TRA (FJ 2<sup>n</sup>).

---

<sup>296</sup> SAP de Toledo, 2<sup>a</sup>, núm. 11/2012, 17.01.2012 (JUR 2012/96331; MP: Carrión Matamoros, A.).

<sup>297</sup> PÉREZ CONESA, C. "Determinación de filiación extramatrimonial por posesión de estado de mujer homosexual tras la ruptura de relación de pareja con otra mujer, madre biológica del menor nacido mediante técnica de reproducción asistida. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014. Voto particular". *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 2/2014, p. 3: "respecto al nomen, el segundo nombre del menor(...) da cuenta de la relación existente en su momento entre ambas litigantes, pero no puede atribuirse al mismo la categoría de indicio de tal posesión de estado, pues la posesión de estado es el resultado de la consideración social por parte de personas diferentes a ambas litigantes en virtud de la cual una situación de hecho adquiere relieve jurídico, y en este caso ese segundo nombre normalmente no es usado en sociedad (...). En cuanto a la fama, debe tenerse en cuenta que la crisis de pareja surge muy pronto, en el año 2006, cuando el menor tiene apenas 3 años. Que dicha crisis es grave, se deduce de las medidas que se tuvieron que adoptar por el Juez, imponiendo a las partes una orden de alejamiento y decretando un régimen de visitas para que la demandante pudiera ver al menor. Es obvio, por el poco tiempo (...) de estabilidad desde el nacimiento del niño, que se entienda no suficientemente acreditada la posesión de estado que valora la sentencia de instancia, de forma que a lo sumo se podría decir que los hechos tenidos en consideración en la instancia acreditan que durante un tiempo actuó como madre y que por ello goza del derecho de visitas concedido judicialmente (FJ 1<sup>o</sup>)".

L'art. 7.1 LTRHA es remet a les “*lleis civils*” a excepció de les especificitats previstes per la LTRHA. A l'art. 7.3 LTRHA no se'n disposa cap relativa a les accions, per tant, s'ha d'analitzar la compatibilitat entre la LTRHA i la regulació de les accions de filiació (i, per consegüent, la possessió d'estat). Per a fer-ho, cal remuntar-se als principis constitucionals que inspiren la regulació de les accions de filiació: principi d'igualtat i no de discriminació per raó de filiació o naixement dels fills (arts. 14 i 39.2 CE); principi de protecció de la família, els fills i les mares amb independència del seu estat civil (art. 39 CE); de la dignitat i lliure desenvolupament de la personalitat (art. 10 CE) i la ponderació de l'interès superior del menor. En concret, per quant a la possessió d'estat, la valoració dels requisits que integren aquesta figura, no resulten delimitats a la filiació matrimonial o a la necessària subsistència d'una prèvia relació biològica de generació<sup>298</sup>. Per tot això la Sala considera oportú avançar en la direcció ja encetada per la STS núm. 740/2013, de 05.12.2013: la plena compatibilitat d'ambdues normatives en el curs de l'acció de filiació no matrimonial “*de forma que els consentiments prestats amb ocasió de l'ús de les tècniques (...), clarament acreditats (...), que va portar a la mare biològica a posar com a segon nom del nen el primer cognom de la seva parella, com a antecedent o causa de la filiació reclamada, integren i reforcen la possessió d'estat de la dona homosexual tant en el pla de la seva funció legitimadora de l'exercici de l'acció com en la seva faceta de mitjà de prova de la filiació reclamada*”.

Amb tot, per quant a l'interès legítim que presideix la legitimació per a exercir l'acció de l'art. 131 CCE<sup>299</sup>, el TS valora que hi és perquè queda provat el propòsit comú d'ambdues dones de recórrer a la IAD, l'existència d'una posterior unitat familiar entre les convivents i el fill biològic d'una d'elles i el consentiment prestat a les TRA per la no gestant.

En vistes de l'exposat, la Sala procedeix a rebatre dues qüestions: la via per la qual s'exercita l'acció de reclamació de filiació (la possessió d'estat) i el rol de l'interès superior del menor.

- Per quant a l'exercici de l'acció de l'art. 131 CCE, està justificat l'interès legítim que permet la seva interposició. No és necessari impugnar la filiació de la mare biològica perquè no resulta contradictòria amb la reclamada.

En quant a l'existència de possessió d'estat, es remet a la STS de 12 de maig de 2011, segons la qual queden provats fets reveladors de la possessió d'estat: existència d'una unitat familiar entre les dues convivents i el fill biològic d'una d'elles, a més que la relació de la no gestant amb el nen des del seu naixement va ser de mare, resultant beneficiosa i complementària. En conseqüència es té per acreditat el *tractatus* com element propi de la possessió d'estat.

La sentència d'apel·lació no pot fonamentar-se en la STS de 12 de maig de 2011, al·legant que allí es va inaplicar l'art. 7.3 LTRHA perquè en aquell procediment la pretensió que s'exercitava no era la reclamació de la filiació sinó el dret de visites.

---

<sup>298</sup> Com ja va enunciar la STC, Ple, 17.06.1999 (RTC 1999/116) o la mateixa STS, 1ª, 12.05.2011 (RJ 2011/3280), el fet biològic no és considerat exclusiu ni exclouent com a font o causa de la filiació de les TRA, més aviat el contrari, s'opta pel protagonisme dels consentiments implicats com a elements propulsors de la determinació legal de la filiació.

<sup>299</sup> **Art. 131 CCE:** “*Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado. Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada*”.



- S'ha de fer un judici de ponderació entre la tutela del principi constitucional de l'interès superior del menor, que es troba reforçat tant pels textos internacionals de referència com per la legislació nacional<sup>300</sup>, i la seva incidència en la resta de drets i béns jurídics concurrents. En conseqüència, cal advenir l'abast del consentiment prestat per la convivent de la mare biològica, que no compleix les formalitats de la LTRHA.
- S'ha de concloure a favor de la viabilitat de l'acció exercitada i es confirma la sentència de primera instància<sup>301</sup>.

És indispensable senyalar que tres dels magistrats<sup>302</sup> que conformaven la Sala van formular vot particular a aquesta resolució. Les raons adduïdes són les següents:

- Manca de respecte dels fets provats en la seva totalitat. El recurs de cassació no pot prescindir de les circumstàncies de fet provades en les instàncies anteriors o a la STS de 12.05.2011, que tractava un conflicte entre les mateixes litigants en relació amb el mateix menor. De no ser així, sorprèn que mentre la sentència recorreguda no va considerar provat el consentiment de la no gestant a les TRA, en cassació la majoria considera “*clarament acreditats (...) els consentiments*”, fonamentant-se en què la mare biològica va posar com a segon nom del nen el primer cognom de la demandant. Al seu torn això es contradiu amb la STS de 12.05.2011: “*no està provat si la decisió va ser presa (...) conjuntament per les dues components de la parella*” (FJ 1<sup>a</sup>).

També s'obvia d'un fet rellevant no només per a la determinació de la maternitat sinó també per l'interès superior del menor, considerat també en les dues resolucions al·ludides: la ruptura sentimental de les litigants, quan el nen tenia tant sols 3 anys, va ser particularment traumàtica perquè “*s'havien produït maltractaments*”, amb denúncies recíproques (FJ 1<sup>a</sup> de la STS núm. 320/2011, de 12.05.2011) i el jutge va haver d'adoptar mesures “*imposant a les parts una ordre d'allunyament*” (FJ 1<sup>a</sup> de la sentència recorreguda).

- Les sentències que cita la Sala com a precedents condueixen a solucions oposades. Tot el que s'ha explicat en el punt anterior és suficient per a descartar que la STS de 12.05.2011

---

<sup>300</sup> Per quant als internacionals: “Conveni Europeu per la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals, de 4 de novembre de 1950; Convenció sobre els Drets del Nen, adoptada per l'Assemblea General de les Nacions Unides el 20 de novembre de 1989 i ratificada per Espanya; la Carta Europea dels Drets del Nen, aprovada pel Parlament Europeu mitjançant Resolució A3-0172/92. Per quant a la legislació nacional la LO 1/1996. En empara dels drets fonamentals i lliure desenvolupament de la personalitat del menor, s'ha de projectar sobre la protecció de la vida familiar, sense distinció entre la naturalesa matrimonial o extramatrimonial de la mateixa o el fet de la generació biològica com a principi absolut.

<sup>301</sup> FARNÓS AMORÓS, E. / GARRIGA GORINA, M. “¿Madres? Pueden ser más de una. Tres casos recientes de la *Supreme Court* de California”, *InDret* 4/2005, p. 5-6. Amb anterioritat a aquest pronunciament del TS, la *Supreme Court* de Califòrnia ja havia donat una solució anàloga en casos en què, després d'una ruptura, es reclamava o impugnava la doble maternitat entre parelles de fet. Tres casos (Elisa B. V. Sup. Ct (8/22/05 SC); K.M. v. E.G (8/22/05 SC) i Kristine H. V. Lisa R (8/22/05 SC) fixen que, en absència de normativa al respecte, el Tribunal Suprem de Califòrnia “*opta (...) per l'aplicació d'algunes de les normes i principis que regeixen la determinació de la filiació per les parelles heterosexuales, atenent a dos elements fonamentals*” que són: l'existència d'una voluntat prèvia a la concepció sobre la filiació dels fills que neixen per reproducció assistida i la convivència amb els fills juntament amb el fet de tractar-los com a propis. Mentre aquest segon és un criteri independent de determinació de la paternitat en el dret nord-americà, la decisió del cas Elisa B. V. Sup. Ct., p.e., es va basar en el precedent *Johnson v. Calvert*, que en el context d'un cas de maternitat subrogada, va resoldre que si la maternitat genètica i gestacional no coincideixen en una mateixa dona, mare és la que va tenir la voluntat de portar un fill al món i criar-lo com a propi. D'aquí que la voluntat prèvia a la concepció es tingui en compte.

<sup>302</sup> Marín Castán, D. Francisco; Salas Carceller, D. Antonio; Sancho Gargallo, D. Ignacio.

sigui un precedent idoni per a justificar l'estimació del recurs, bàsicament perquè en aquella no es parlava de filiació. Tampoc la STS núm. 740/2013 de 05.12.2013 és adient perquè justifica l'aplicació de la via de la possessió d'estat (art. 131 CCE) instant que “*integra i reforça el consentiment prestat en relació amb la LTRHA, norma a partir de la qual es crea un títol d'atribució de la maternitat*” (FJ 3<sup>r</sup>). En aquell cas el consentiment a la FIV havia estat prestat per les dues litigants i, en el moment del naixement, ja es trobaven casades, a diferència del que s'ha vist en la STS núm. 836/2013 de 15.01.2014<sup>303</sup>, i es va considerar que concorrien tots els elements materials exigits per l'art 7.3 LTRHA en la seva redacció original.

- Es prescindeix d'aplicar l'art. 7.3 LTRHA, quan el recurs de cassació – presentat el 5 de març de 2012 – s'emparava en l'art. 477.3 LEC (*norma amb no més de 5 anys en vigor i sobre la que no existia doctrina jurisprudencial*). L'art. 7.3 LTRHA és un règim que s'ha de considerar específic perquè l'article es titula “*filiació dels fills nascuts mitjançant tècniques de reproducció assistida*” i, si bé en primer lloc es diu que la filiació dels nascuts per les tècniques es regularà per les *lleis civils*, immediatament després es fa una excepció a les *especificacions establertes en els tres següents articles*. D'entre aquestes s'hauria de destacar la compresa en el propi art. 7.3, per ser el primer dedicat a la filiació.

L'art. 7.3 LTRHA limita la doble maternitat al matrimoni de dones. Per això tant la sentència recorreguda com la mateixa Sala a la STS núm. 740/2013 de 15.12.2013 van destacar l'estabilitat proporcionada pel matrimoni.

De la interpretació literal d'aquest article es deriva que, per tal que la dona no progenitora pugui consentir a la filiació és necessari l'anuència de la mare biològica. De no ser així, paradoxalment, quedaria a l'únic arbitri de la no gestant elegir determinar la seva maternitat.

Per tant, no només es prescindeix de la norma especial apel·lant a la possessió d'estat sinó que s'abandona la norma que justificava l'interès cassacional.

- Fonamentar-se en al possessió d'estat no s'ajusta a les previsions de l'ordenament jurídic per casos com l'examinat. Fins la reforma operada per la Llei 3/2007 només existia un títol de determinació de la maternitat biològica: el part. Amb aquesta reforma es va permetre que, juntament amb la maternitat biològica, pogués reconèixer-se a la dona casada i no separada amb la mare biològica la possibilitat de consentir que es determinés al seu favor la filiació derivada de TRA, tractant-se d'un nou títol de determinació de la filiació<sup>304</sup>.

---

<sup>303</sup> L'element del matrimoni va ser especialment considerat per la STS, 1<sup>a</sup>, 05.12.2013 (RJ 2013/7566) perquè se'n va destacar la estabilitat que en resulta en relació amb els efectes de pàtria potestat, guarda i custòdia, aliments, cognoms i drets successoris (FJ 3<sup>r</sup>). Recordi's que en aquella les dues dones estaven unides en matrimoni; abans del matrimoni una de les litigants havia adoptat la filla biològica de l'altra; ambdues havien prestat el consentiment per la FIV de la que ja era mare biològica abans de casar-se; el naixement de les dues nenes fruit de la FIV s'havia produït quan les dones ja s'havien casat i la mare biològica havia intentat rectificar la inscripció en el RC per tal que constessin com a filles matrimonials seves i de la seva esposa (FJ 3<sup>o</sup> del vot particular).

<sup>304</sup> Recordi's que això ha canviat per la Llei 19/2015.

En el present cas, qui reclama ser mare no pot fer ús d'aquest nou títol perquè mai s'ha casat amb la mare biològica. No està justificar un exercici posterior de la facultat de l'art. 7.3 LTRHA pel fet que “no n'hagués pogut fer ús (...) doncs llavors (2003) ni podia estar casada amb la mare biològica, amb la que convivia, ni es permetia aquesta forma de doble maternitat” (FJ 6<sup>e</sup> vot particular). Darrera de l'exigència del matrimoni hi ha una opció legal per l'estabilitat en la relació que pot en vistes a facilitar l'exercici de la pàtria potestat<sup>305</sup>.

En suma, no té sentit reconèixer a posteriori la forma de maternitat que es reclama perquè no es compleixen els requisits requerits per l'art. 7.3 LTRHA si hagués estat en vigor. Tampoc la possessió d'estat acredita la filiació atès que no és un títol de determinació de la filiació sinó que constitueix una situació fàctica a partir de la qual es pot presumir qui poden ser els progenitors.

- Tant els principis constitucionals que inspiren les accions de filiació com l'interès superior del menor haurien d'haver determinat la desestimació del recurs. La jurisprudència posterior a la reforma de la filiació duta a terme per la Llei 11/1981 entenia la possessió d'estat com un mitjà de prova de caràcter indirecte a partir del qual es podia apreciar l'existència de la relació biològica entre el reclamant i el fill<sup>306</sup>. Aquesta no acredita formalment qui siguin els progenitors d'una persona perquè és només un situació fàctica que permet presumir els qui puguin ser-ho. En conseqüència no es pot invocar la possessió d'estat per determinar una filiació que es determina, necessàriament, pel consentiment de la dona.

Pel què fa a l'interès del menor, el fet que hagi de presidir la interpretació de les normes de l'ordenament jurídic no legitima que s'apliqui en qualsevol sentit sinó en aquell que beneficiï al menor. De no ser així, estaríem davant un mer exercici de *voluntarisme jurídic*. Els dissidents de la majoria constaten que, en atenció als fets provats (circumstàncies traumàtiques de la ruptura, no optar pel matrimoni en cap moment), l'estimació del recurs satisfà *l'aspiració de ser mare* de la demandant, *l'efectivitat de la qual depèn de l'èxit de l'acció* (FJ 2<sup>n</sup> sentència recorreguda) però, en cap cas, a l'interès del menor.

---

<sup>305</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M. “Nuevos dilemas jurídicos...”, op. cit., p. 163. Està d'acord en que el matrimoni és un lloc privilegiat per tal que es doni l'element d'estabilitat però no ho està en que hagi de conduir necessàriament a pensar que una convivència *more uxorio* no pugui reunir certes característiques d'estabilitat. Tampoc es pot entendre que la manca d'estabilitat sigui la causa que hagi portat al legislador a negar a les parelles estables de dones la determinació de la doble maternitat. De fet, en quant a l'estabilitat, quan es regula la reproducció artificial en parelles estables heterosexuales (arts. 8.2 i 9.2 LTRHA), no s'al·ludeix en cap moment a l'exigència d'estabilitat i no sembla que aquesta sigui un favor important pel legislador.

A favor DÍAZ MARTÍNEZ, A., “La doble maternidad legal derivada...”, op. cit., p. 125, va senyalar, amb anterioritat al vot particular de la decisió judicial que ens ocupa, que potser l'estabilitat del matrimoni era la raó per la qual el legislador s'havia limitat a regular la doble maternitat en els matrimonis de dones: el compromís d'assumir la filiació i l'estabilitat de la parella són criteris rellevants per a permetre l'accés a la doble maternitat a través de TRA, a diferència del sexe dels membres de la parella.

<sup>306</sup> Vid. STS núm. 1027/1992, 1<sup>a</sup>, de 13.11.1992 (RJ 1992/9400; MP: Albácar López, J.L.) que en el seu FJ 3<sup>o</sup> fa referència als dos indicis que porten a estimar la filiació extramatrimonial entre una filla i un home: “tanto el reconocimiento de paternidad operado por don A. — davant d'un mossèn, que es considera document indubtable però no públic - con relación a su hija extramatrimonial, como la posesión de tal estado que la misma tenía de su condición filial a aquél, lógico es concluir que la declaración de filiación extramatrimonial contenida en la sentencia recurrida, lejos de infringir los arts. 135 y 127 CCE, hizo una correcta aplicación de los mismos”.

També la STSJ de Navarra de 16.03.1993 (RJ 1993/2560; Rodríguez Ferrero, J.M.) fixa en el seu FJ 4<sup>o</sup> que “puede concluirse en este sentido que de los hechos constitutivos de la posesión de estado, y de la apreciación conceptual de su concurso, al igual que de la convivencia, no deriva una prueba concluyente de la filiación, sino solo una sólida base de hecho apta, en su caso, para sentar sobre ella una presunción (...)”.

En conclusió, els magistrats dissidents no comprenen que pel sot de la convivència amb el menor durant els 3 primers anys de vida es declari mare a la no gestant<sup>307</sup>, fent un pas molt més enllà que la solució donada per la STS de 12.05.2011, més encertada. Com a efecte immediatament correlatiu, la mare biològica veurà coaccionada la seva llibertat en tot el que es refereixi al fill, de manera que Genoveva (no gestant i ara mare legal) interferirà decisivament a la vida i unitat familiar de Matilde (gestant i mare biològica). Amb tot, es conclou que es crea una situació potencialment conflictiva que oblida l'interès del menor. No s'hauria d'haver desestimat el recurs<sup>308</sup>.

Una de les conclusions que es pot extreure és que gairebé tot el pes de la dispositiva recau no tant en el consentiment procreacional com en la possessió d'estat. Com s'ha vist, en aquesta sentència la prova de que la mare no gestant consent a la IAD és dubtosa, a diferència del que succeïa a la STS de 5 de desembre de 2013 en què la base del pronunciament va ser la voluntat procreacional.

La majoria d'autors han considerat que la decisió final pretenia fer justícia material, satisfent la crítica d'un sector doctrinal relativa a la limitació subjectiva de la doble maternitat. La dispositiva "*permet respondre en sentit afirmatiu a alguns dels interrogants que la doctrina apuntava, de cares al futur, després de dictar-se l'anterior STS de 5 de desembre de 2013*"<sup>309</sup>; això no obstant, hagués estat més favorable per la seguretat jurídica que el canvi corresponent hagués estat efectuat pel legislador<sup>310</sup>.

El Suprem, amb l'últim pronunciament de 2014, reincideix en obrir un nou sistema de determinació de la filiació al marge del previst en l'art. 7.3 LTRHA, concedint valor jurídica tant a la possessió d'estat – desvinculant-la del fet biològic – com al consentiment prestat per al recurs a les TRA, que reforça la possessió d'estat. En sentit invers recordi's el pronunciament de 5 de desembre de 2013: el consentiment era reforçat per la possessió d'estat.

La jurisprudència ha atorgat a les parelles estables de dones un tractament diferent del que la llei atorga als matrimonis de dones i a les parelles estables heterosexuales quan utilitzen la fecundació artificial heteròloga<sup>311</sup>. En opinió d'un bon sector doctrinal el legislador opta per a fixar una requisits subjectius, formals i temporals que deixen un marge estret a l'accés a la doble maternitat, que el TS no hauria d'haver ampliat. Per contra, s'ha forçat l'aplicació del règim del CCE i, conseqüentment,

---

<sup>307</sup> FJ 8<sup>è</sup> del vot particular a la STS 836/2013, 1<sup>a</sup>, de 15.01.2014 (RJ 2014/1265): "*la pàtria potestat sobre el nen, adquireix expectatives successòries que fins i tot poden arribar a materialitzar-se sobre béns que actualment pertanyen a l'altra litigant, podrà decidir sobre l'educació del nen en etapes molt més decisives per la seva formació (...), podrà reclamar la seva guarda i custòdia i, en definitiva, tindrà capacitat de decisió sobre totes les qüestions que afectin al menor fins que aquest compleixi 18 anys*".

<sup>308</sup> PÉREZ CONESA, C. "Determinación de filiación extramatrimonial...", op. cit., p. 4: "*por nuestra parte, compartimos los argumentos contenidos en este voto particular*".

<sup>309</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M. "Nuevos dilemas jurídicos...", op. cit., p. 159.

<sup>310</sup> En comptes que el TS resolgui casos portant a resultats incoherents dins del sistema de filiació. Vid. *Ibidem*, p. 161.

<sup>311</sup> Pel què fa al matrimoni de dones, al consentiment donat per la dona no gestant a l'ús de les tècniques no li és atribuït cap valor jurídic en l'art. 7.3 LTRHA. L'art. 8.2 LTRHA, referit a les parelles de fet heterosexuales, no atorga al document de consentiment a l'ús de les tècniques estès per l'home no casat el valor jurídic de determinació directa de la paternitat del menor en qüestió. Com ja s'ha comentat, en aquest últim cas, el document només és útil per a incoar l'expedient previst en l'art. 44.7 LRC (antic 49 de la LRC 1957) el qual acabaria, després de tots els tràmits necessaris, en l'atribució de la filiació.

s'han produït disfuncions en el sistema legal, la qual cosa genera tractaments desiguals en l'accés a la paternitat/maternitat entre matrimoni i parelles estables heterosexuales i homosexuals<sup>312</sup>.

És oportú acabar amb la següent cita: “*encara que mantinguéssim que hi ha una llacuna legal en aquest punt i que s’obvia la doble maternitat en el cas de convivents more uxorio, és evident (...) que no poden aplicar-se de forma indiscriminada i automàtica les normes del Codi Civil sobre filiació, pensades per casos en què hi ha un vincle biològic entre els pares i els fills, vincle que no existeix en el cas de parella o cònjuge de la mare biològica*”<sup>313</sup>.

## **B) La doble maternitat al CCCat**

El legislador català, per contra del CCE, atorga un tractament homogeni per a la determinació de la filiació no matrimonial a les parelles de fet heterosexuales i homosexuals a l’art. 235-13 CCCat: *els fills nascuts de fecundació assistida de la mare són fills de l’home o dona que l’ha consentida en document estès davant d’un centre autoritzat o en un document públic*. De fet es preveu la mateixa via de determinació pel què fa als matrimonis, tant heterosexuales com homosexuals, d’acord amb l’art. 235-8 CCCat<sup>314</sup>. Simplement que el caràcter de matrimonial o no matrimonial de la filiació depèn de que, en el moment d’emetre el consentiment, els pares estiguin o no casats.

---

<sup>312</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M. “Nuevos dilemas jurídicos...”, op. cit., p. 164. Això no implica que el TS es privi de cridar l’atenció al legislador quan consideri que una la legislació hagi de ser necessàriament reformada.

<sup>313</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M. “Nuevos dilemas jurídicos...”, op. cit., p. 161.

<sup>314</sup> BENAVENTE MOREDA, P., “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual”, Madrid, Estudios Monográficos, ADC, tomo LXIV, 2011, fasc. I, p. 95 considera que la solució catalana d’unificar totes les hipòtesis és una solució més coherent i senzilla que la realitzada pel legislador estatal.

## **VI. CONCLUSIONS**

Arribats a aquest punt s'ha de reprendre la frase amb la què es cloïa la introducció. La filiació, entesa com el vincle jurídic establert entre un fill i els seus pares, és una institució el règim de la qual ha estat abordat pel legislador de manera considerablement complexa. Es tracta d'una matèria sensible que provoca una constant joc de malabarismes per tal d'equilibrar els diferents interessos implicats. No és d'estranyar que, amb el pas del temps, aquesta parcel·la del dret hagi requerit de revisions i modificacions legals les quals no sempre han estat encertades i molt menys clarificadores.

La qüestió sobre la que s'ha convidat a reflexionar en el present treball ha estat valorar en quina mesura els avanços que les TRA fan possibles exigeixen un replantejament dels conceptes tradicionals de la filiació i, especialment, del pes de la veritat biològica com a principi inspirador de la filiació per naturalesa. Aquesta mateixa qüestió en forma de pregunta es redueix a l'interrogant que subtitula el treball: la concepció d'un fill mitjançant les TRA configura, encara que el dret espanyol fins ara no ho hagi establert així, una nova classe de filiació autònoma respecte de la filiació per naturalesa i l'adoptiva?

Des d'una perspectiva més tècnica, i independentment de la resposta que es pugui donar a l'anterior qüestió, també constituïa un objectiu considerar si la determinació de la filiació derivada de les TRA s'ha de produir d'acord amb els títols o mitjans disposats per la filiació per naturalesa o, per contra, exigeix el disseny de nous mecanismes específics.

Per tal de donar-hi resposta, a continuació s'exposen les conclusions, numerades i ordenades de caràcter més general a més específic.

- I.** Amb la legalització de l'ús de les TRA (IA/FIV principalment) s'ha obert una via per tenir descendència no només als matrimonis o parelles no casades de diferent sexe sinó també als matrimonis o parelles no casades del mateix sexe formades per dues dones.  
El fet que les TRA permetin una fecundació artificial heteròloga ha incidit molt decisivament en la construcció de la homoparentalitat.  
No obstant això, la vigent LTRHA no preveu un règim de filiació específic per aquells casos en què es fa ús de les tècniques sinó que fa una remissió a les *Lleis civils*, a excepció de les especificacions que inclou en els articles 8, 9 i 10 (i a les quals s'ha d'afegir l'art. 7.3 LTRHA relatiu a la doble maternitat *legal o per naturalesa*).
- II.** El CCCat, a diferència del CCE, preveu l'ús de les TRA en el seu articulat i, malgrat encaixar la fecundació assistida dins la filiació per naturalesa, fixa el consentiment com a nou títol de determinació de la filiació (art. 235-3 CCCat), la qual cosa resol la majoria de problemes plantejats perquè s'exigeixen els mateixos requisits formals pel consentiment a la fecundació assistida prestat pel *cònjuge* – homosexual o heterosexual – que al manifestat per *l'home o dona* no casats amb la mare, sense distinció en funció la seva contribució genètica a les TRA (arts. 235-8 i 235-13 respectivament).

No obstant això, aquest títol no opera de forma completament autònoma ja que el legislador català no ha oblidat per complet l'element biològic quan es tracta de les TRA. Un exemple clar d'aquesta afirmació es troba en l'art. 235-28 CCCat segons el qual, si s'és pare biològic del fill, és a dir, si s'ha aportat el propi material genètic per a concebre'l - sigui amb consentiment per autoritzar el recurs a les TRA o sense - en cap cas es podrà impugnar la filiació que derivi de la fecundació assistida de la mare.

En conseqüència, independentment que no s'hagi prestat el consentiment, i que això evidentment constitueixi un supòsit de mala praxi mèdica, si la fecundació ha estat homòloga, en cap cas podrà impugnar-se la filiació resultant.

Sens dubte, la qüestió de si la filiació derivada de l'accés a les TRA, practicades sense el consentiment legalment requerit o estant viciat, pot ser impugnada o reclamada quan hi ha correspondència biològica entre el nascut i la paternitat o maternitat que es discuteix, és complexa.

Si bé es tracta d'una qüestió de política legislativa posar l'accent en l'element genètic o volitiu, o bé exigir la concurrència d'ambdós, considero encertat el parer d'aquells qui apunten que el fonament únic de la filiació derivada del recurs a les TRA és la voluntat de qui l'assumeix. En el supòsit exposat a tall exemplificatiu, si pot demostrar-se que va existir aportació de material genètic per part de qui en cap cas podria ser considerat un mer donant (arts. 5 i 8.3 LTRHA) però no consta expressament la voluntat mitjançant el corresponent consentiment, és a partir de la voluntat de qui assumeix la filiació - sigui expressa o, en aquest cas, tàcita - que en la majoria dels supòsits podrà quedar provat el projecte parental comú.

Per tot això, i sense menysprear la moderna tasca legislativa plasmada al CCCat, s'està en arguments suficients per considerar que el consentiment a les TRA com a mitjà que canalitza la voluntat d'emprendre un projecte parental comú - i aquí es troba el *quid* de la qüestió - s'hauria de configurar com un títol de determinació de la filiació autònom sempre que, en la concepció d'un fill, intervinguin les TRA. L'accés conjunt a les TRA hauria de ser un criteri concloent pels tribunals a aquest efecte: en els centres de reproducció assistida és fàcil procedir a l'acreditació de la identitat de la parella mitjançant la seva firma en els consentiments informats o documents sanitaris d'autorització de la tècnica.

- III.** Quan resulta d'aplicació el CCE - tenint en compte les excepcionalitats recollides a la LTRHA -, cap de les regles allí contemplades per la filiació per naturalesa encaixa bé amb la determinació de la filiació quan aquesta deriva de les TRA, també sobretot quan es tracta de parelles, unides o no en matrimoni, de dones. Es tracta del cas més paradigmàtic de separació entre el fet biològic i el jurídic - a excepció de quan ambdues intervenen en el procés reproductiu fent ús de la tècnica ROPA -.

- IV.** És especialment rellevant senyalar l'art. 7.3 LTRHA que, si bé ha estat recentment modificat per la Llei 19/2015, continua exigint la necessitat de matrimoni entre les dues dones que vulguin fer constar una doble maternitat al RC. No obstant la claredat del precepte des de la seva primera redacció - i independentment de ser susceptible de crítica - el seu abast excessivament restrictiu ha portat al TS, en els dos pronunciaments recents (STS núm. 836/2013, de 15.01.2014 i STS núm. 740/2013, de 05.12.2013), a utilitzar vies pròpies de la filiació per naturalesa, com és la possessió d'estat (art. 131 CCE), per fer justícia material en el cas concret. Aquesta línia jurisprudencial que sembla haver emprès l'Alt Tribunal, fent una funció més legislativa que no interpretativa, és molt discutible donat que la possessió d'estat res té a veure amb el consentiment, el qual necessàriament juga un paper rellevant quan es tracta de fecundació heteròloga per parelles de dones del mateix sexe. A més a més, el principi de l'interès superior del menor i la unitat i estabilitat familiar són criteris dels quals és difícil extreure conclusions donat que són molt casuístics i no es pot establir una regla general d'aplicabilitat a tots els casos.
- V.** Quan sembla que en la resta de tècniques s'ha deixat enrere la veritat biològica per aconseguir una veritat voluntària, el supòsit de la fecundació *post mortem* trenca l'esquema propi de les reproducció assistida, impeding la fecundació *post mortem* als homes infèrtils – per tant, fent ús de fecundació heteròloga – i a les parelles de dones mitjançant la tècnica ROPA.
- VI.** De l'anàlisi de la regulació contemplada en el CCE i, en menor mesura, en el CCCat, s'han posat de manifest les disfuncions que genera la conjugació de les regles pròpies de la filiació per naturalesa en els casos de reproducció assistida.
- Dels arts. 7 i 8 LTRHA i 235-8 i 235-13 CCCat es desprèn que l'aspecte essencial per atribuir la filiació que deriva del recurs a les TRA és la voluntat de les parts del projecte parental formalitzada en els consentiments legalment exigits.
- Si bé en aquells casos en què existeix base biològica, tot i l'exposat, tindria cert sentit la remissió que la LTRHA fa a les regles de la filiació per naturalesa, aquesta resulta patentment incoherent quan la base és purament volitiva; és a dir, el material genètic prové de tercers donants (p.e.: doble maternitat – a excepció de quan ambdues intervenen en el projecte parental mitjançant ROPA - o recurs a una tècnica amb material genètic de donant masculí per parella heterosexual).

Es pot concloure que en la filiació derivada del recurs a les TRA s'estaria més en una veritat voluntària que no en una veritat biològica. Aquesta voluntat, si bé també és decisiva en la filiació adoptiva, es diferencia de la filiació que resulta de les tècniques per quant no comprèn la decisió de crear un ésser humà i, per tant, exclou la possibilitat que el consentiment sigui previ al naixement i es plasmi en document sanitari. Aquesta darrera qüestió també s'exclou en formes de determinació de la filiació pròpies de la filiació per naturalesa com el reconeixement.



No es pot dir amb fermesa que actualment s'estigui en una nova classe de filiació, autònoma de les demés, que es regeixi únicament pels seus propis principis, criteris i regles, per quant la biologia i la genètica es troben arrelades en la concepció actual del règim de filiació.

Des del moment en què es permet fer ús de les TRA per procrear, s'hauria d'introduir el consentiment formal – atès que ofereix major garanties de seguretat jurídica i facilita la prova – com un nou títol de determinació de la filiació completament autònom, igualment com ha fet el legislador argentí (*Código Civil y Comercial de la Nación de 2014*). Aquest últim, anant més enllà que el català, introdueix com a fonts de la filiació amb igualtat d'efectes la filiació per naturalesa, per adopció o mitjançant TRA (arts. 560 a 564). A més a més, atorga a la voluntat procreacional el caràcter d'element determinant de la filiació amb independència del seu caràcter matrimonial o no matrimonial i de la heterosexualitat o homosexualitat dels progenitors que consenten.

Si és cert que el legislador s'ha d'adaptar a les noves realitats socials i donar respostes jurídiques coherents i medidades que condueixin a resultats satisfactoris, no és un fet desconegut que el canvi social impedeix l'estabilitat de les normes, la qual cosa impossibilita comptar amb solucions tancades. La matèria estudiada és l'exemple paradigmàtic demostratiu que l'evolució social és l'estímul de l'adaptació normativa; no obstant això, el legislador no ha estat prou reflexiu. En suma, el més prudent seria abordar una reforma legislativa que reformulés el règim de la filiació derivada de la reproducció assistida i cobrés els buits legal existents. Només això provocaria el cessament en la inseguretat jurídica que generen les resolucions judicials i les reformes legislatives puntuals que, a mode de comptagotes, han intentat pal·liar els desencerts sense aconseguir-ho.

## **IV. ÍNDEX DE LEGISLACIÓ**

### **a) Instruments internacionals**

#### ***Nacions Unides***

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Aceptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 217 A (III), de 10.12.1948 (<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>; última visita: 20.05.2017)

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 («BOE» núm. 313, de 31.12.1990)

Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. Resolución aprobada, previ informe de la Comissió III, en la 18ª sessió plenària, el 19.10.2005 ([http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL\\_ID=31058&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html); última visita: 20.05.2017)

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>; última visita: 20.05.2017)

### **b) Normativa europea**

#### ***Unió Europea***

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea («DOUE» núm. 83, de 30.03.2010).  
Accessible des de: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2010-70003>; última visita: 20.05.2017

#### ***Consell d'Europa***

Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente («BOE» núm. 243, de 10.10.1979)

### **c) Legislació nacional**

#### ***Espanyola***

##### **➤ Estatal**

Constitución Española («BOE» núm. 311, de 29.12.1978)

Ley de bases de 11 de mayo de 1888, por la que se autoriza al gobierno para publicar un código civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma (Gaceta de Madrid de 22.05.1888)

- Proposición de Ley núm. 122/000062 sobre técnicas de reproducción asistida presentada por el Grupo Parlamentario Socialista («BOCG» núm. 74-1, de 09.05.1987)
- Proyecto de Ley 12/000039 sobre técnicas de reproducción asistida («BOCG» de 14.09.1979)
- Aprobación por la Comisión de la Proposición de Ley núm. 122/000062 sobre técnicas de reproducción asistida («BOCG» núm. 74-11, de 27.05.1988)
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil («BOE» núm. 206, de 25.07.1889)
- Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil («BOE» núm. 296, de 11.12.1958)
- Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio («BOE» núm. 119, de 19.05.1981)
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («BOE» núm. 281, de 24.11.1995)
- Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida («BOE» núm. 72, de 23.03.1996)
- Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y se regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana («BOE» núm. 72, de 23.03.1996)
- Orden de 25 de marzo de 1996 por la que se establecen las normas de funcionamiento del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones («BOE» núm. 106, de 02.05.1996)
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil («BOE» núm. 7, de 08.01.2000)
- Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida («BOE» núm. 280, de 22.11.2003)
- Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio («BOE» núm. 157, de 02.07.2005)
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida («BOE» núm. 126, de 27.05.2006)
- Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas («BOE» núm. 65, de 16.03.2007)
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres («BOE» núm. 71, de 23.03.2007)
- Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil («BOE» núm. 175, de 22.07.2011)
- Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil («BOE» núm. 167, de 14.07.2015)

➤ ***Autonòmica***

- Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña («BOE» núm. 175, de 22 de julio de 1960)
- Llei 13/1984, de 20 de març, sobre la compilació del dret civil de Catalunya («DOGC» núm. 420, de 28.03.1984)

Llei 7/1991, de 27 d'abril, de filiacions («DOGC» núm. 1441, de 10.05.1991)

Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de família («DOGC» núm. 2687, de 23.07.1998)

Llei Foral 6/2000, de 3 de juliol, d'Igualtat Jurídica de les parelles estables de la Comunitat Foral de Navarra (BON núm. 82, 7.7.2000).

Llei 21/2000, de 29 de desembre, sobre els drets d'informació concernent la salut i l'autonomia del pacient, i la documentació clínica («DOGC» núm. 3303, de 11.01.2001)

Llei 2/2003, de 7 de maig, reguladora de les parelles de fet del País Basc (BOPV, núm. 2003100, 23.5.2003)

Llei 2/2004, de 3 de maig, de modificació de la Llei 6/1999, de 26 de març, relativa a parelles estables no casades d'Aragó (BOA, núm. 54, 12.5.2004)

Llei 3/2005, de 8 d'abril, de modificació del Codi de Família, la Llei d'Unions estables i el Codi de Successions (DOGC núm. 4366, 19.4.2005)

Llei 1/2005, de 16 de maig, de Parelles de Fet de la Comunitat Autònoma de Cantàbria (BOC núm. 98, 24.5.2005).

Llei 25/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família («DOGC» núm. 5686, de 05.08.2010)

#### **Argentina**

Ley 26.994 por la que se aprueba el Código civil y Comercial de la Nación («BOE» núm. 32.985, de 08.10.2014)

## **V. TAULES DE JURISPRUDÈNCIA I RESOLUCIONS**

#### ***Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans***

Sec. i data	Referència	President	Parts
2 <sup>a</sup> , 28.06.2001	TEDH 2001/407	G. Balladore Pallieri	<i>Marckx c. Bèlgica</i>

#### ***Sentències internacionals: nord-americanes i franceses***

Cas	Any	Referència
Paraplaix v. CECOS	1984	(1 Ch. Cir)
Elisa B. v. Sup. Ct.	2005	(117 P.3d 660) (Cal. 2005)
K.M. v. E.G.	2005	(117 P.3d 660) (Cal. 2005)
Kristine H. v. Lisa R.	2005	(117 P.3d 690) (Cal. 2005)

#### ***Sentències del Tribunal Constitucional***

Sala i data	Referència	Magistrat Ponent	Assumpte
Ple, 20.02.1989	RTC 1989/45	Rubio Llorente, Francisco	Qüestió d'inconstitucionalitat en relació amb els arts. 4.2, 5.1, 7.3, 23, 31.2, 34.3 i 6 de la Llei 44/1978 sobre la Renta de les Persones Físiques

Ple, 15.11.1990	RTC 1990/184	Leguina Villa, Jesús	Qüestió d'inconstitucionalitat contra l'art. 160 de la Llei General de la Seguretat Social (Decret 2056/1974, de 30 de maig) i la DA 10ª, 2, de la Llei 30/1981 per oposició als arts. 10, 14 i 39 CE
Ple, 17.06.1999	RTC 1999/116	García Manzano, Pablo	Recurs d'inconstitucionalitat contra la Llei 35/1988, de 22 de novembre, sobre TRA
Ple, 26.05.2005	RTC 2005/138	Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge	Qüestió d'inconstitucionalitat contra l'art. 136.1 CCE en relació amb els arts. 14, 24.1 i 39.2 de la CE (quant a la legitimació)
Ple, 27.10.2005	RTC 2005/273	Pérez Vera, Elisa	Qüestió d'inconstitucionalitat contra l'art. 133.1 CCE
Ple, 09.06.2005	RTC 2005/156	García-Calvo y Montiel, Roberto	Qüestió d'inconstitucionalitat contra l'art. 136.1 CCE (quant al termini)
Ple, 16.02.2006	RTC 2006/52	Gay Montalvo, Eugeni	Qüestió d'inconstitucionalitat contra l'art. 133.1 CCE (remissió <i>in Totum</i> a la doctrina assentada a la STC 273/2005)
Ple, 06.11.2012	RTC 2012/198	Pérez Tremps, Pablo	Recurs d'inconstitucionalitat contra la Llei 13/2005, d'1 de juliol, per la que modifica el Codi Civil en matèria de dret a contraure matrimoni
Ple, 23.04.2013	RTC 2013/93	Asua Batarrita, Adela	Recurs d'inconstitucionalitat contra la Llei Foral de Navarra 6/2000, de 3 de juliol, per la igualtat jurídica de les parelles estables, per contravenir el previst en els arts. 9.3, 10.1, 14, 18.1, 32, 39 i 149.1 CE

### ***Sentències del Tribunal Suprem***

<b>Sala i data</b>	<b>Referència</b>	<b>Magistrat Ponent</b>	<b>Parts</b>
1ª, 07.12.1988	RJ 1988/9326	López Vilas, Ramón	<i>María de los Ángeles F. de B. c. Toribio B.I.</i>
1ª, 13.11.1992	RJ 1992/9400	Albácar López, José Luis	<i>Juan M.G. c. Eloisa M.R.</i>
1ª, 14.11.1992	RJ 1992/9403	Barcalá Trillo-Figueroa, Alfonso	<i>Ana María S.N. c. Diego G. de H.</i>

1ª, 17.03.1995	RJ 1995/1961	Almagro Nosete, José	<i>Cristina O.V., c. Joaquín O.A.</i>
1ª, 14.10.2005	RJ 2005/7231	Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio	<i>“Depósitos Francos de Alicante, SA” c. “Hercules Hispano Seguros y Reaseguros, SA” i “Bex Leasing, SA”</i>
1ª, 23.10.2008	RJ 2008/5789	Corbal Fernández, Jesús	<i>Javier, en nom i representació dels seus fills Clemente y Luis Carlos c. Isabel, Plácido i Ernesto, el Instituto Bernabeu de Fertilidad y Ginecología de Alicante, SL i l’entitat Winthertur Compañía Suiza de Seguros</i>
1ª, 12.05.2011	RJ 2011/3280	Roca Trías, Encarna	<i>Lucía c. Celina (al text: Matilde c. Genoveva)</i>
1ª, 18.01.2012	RJ 2012/1788	Roca Trías, Encarna	<i>Visitación c. Esmeralda i la seva filla menor Tatiana</i>
1ª, 05.12.2013	RJ 2013/7566	Seijas Quintana, José Antonio	<i>CPH c. CSC (al text CPH c. MCSC, per distingir més fàcilment)</i>
1ª, 15.01.2014	RJ 2014/1265	Orduña Moreno, Francisco Javier	<i>Eufrasia c. María Virtudes (al text: Genoveva c. Matilde)</i>
Ple, 15.07.2016	RJ 2016/3196	Pantaleón Prieto, Fernando	<i>Obdulio c. Rosalia</i>
Ple, 28.11.2016	RJ 2016/5222	Baena Ruiz, Eduardo	<i>Teofilo c. Erica</i>

***Sentències dels Tribunals Superiors de Justícia***

<b>Tribunal, sala i data</b>	<b>Referència</b>	<b>Magistrat Ponent</b>	<b>Parts</b>
TSJ Navarra, Civil-Penal, 16.03.1993	RJ 1993/2560	Rodríguez Ferrero, Jesús María	<i>Celia G.A., en representació legal de la seva filla menor Esther Isabel G.A., c. Estefania, Juan Ignacio i Estela V.M, com a suposats hereus del seu pare difunt Carlos Enrique V.R.</i>
TSJC, Civil-Penal, 27.09.2007	RJ 2007/8520	Alegret Burgués, Mª Eugènia	<i>David c. Maribel i Maria Immaculada</i>
TSJC, Civil-Penal, 22.12.2008	JUR 2009/295671	Alegret Burgués, Mª Eugènia	<i>Eugenio c. Gema</i>

**Sentències de les Audiències Provincials**

<b>Audiència, sec. i data</b>	<b>Referència</b>	<b>Magistrat Ponent</b>	<b>Parts</b>
A Coruña, 4ª, 03.11.2000	AC 2001/183	Seoane Spiegelberg, José Luis	<i>Ministerio Fiscal c. Paloma R.P., José Gonzalo S.B., María Luisa I.M., María Sol S. I., Vicente M.L., María Isabel F.M</i>
Alacant, 6ª, 09.04.2008	AC/2008/1358	Rives Seva, José María	<i>Dolores c. Teresa y Andrés</i>
Toledo, 1ª, 22.04.2008	JUR 2008/331973	Buceta Miller, Emilio	<i>Mónica c. María Angeles</i>
Santa Cruz de Tenerife, 1ª, 21.07.2008	JUR 2009/108644	Adolfo Fernández del Viso Blanco, Modesto Valentín	<i>Filomena c. Maria Angeles</i>
Santa Cruz de Tenerife, 3ª, 02.07.2010	AC 2010/1755	Padilla Márquez, María del Carmen	<i>Flor c. Ministerio Fiscal (JV)</i>
Santa Cruz de Tenerife, 1ª, 24.10.2011	JUR 2012/14522	Adolfo Fernández del Viso Blanco, Modesto Valentín	<i>Candida c. Maribel</i>
Toledo, 2ª, 17.01.2012	JUR 2012/96331	Carrión Matamoras, Alfonso	<i>Enma c. Ministerio Fiscal y Agustina</i>
Barcelona, 18ª, 19.11.2012	JUR 2013/31747	Viñas Maestre, Maria Dolores	<i>Maria Teresa c. Salvador</i>
Islas Baleares, 4ª, 05.12.2012	AC 2013/76	Aguiló Monjo, Miguel Angel	<i>Emilia c. Mónica</i>

**Interlocutòries dels Jutjats de Primera Instància**

<b>Núm., localitat i data</b>	<b>Referència</b>	<b>Jutge-Magistrat</b>	<b>Parts</b>
13º, València, 13.05.2003	AC 2003/1887	Bort Ruiz, José Miguel	<i>Cas de fecundació post mortem: Maria Julia B.L (JV)</i>
4ª, Valladolid, 12.12.2007	AC 2011/553	Puente de Pinedo, Luis	<i>Estela c. Ministerio Fiscal</i>
51º, Barcelona, 09.02.2016	Original	Navarro Pastor, Marta	<i>Cas de fecundació post mortem: Ana Mª (JV)</i>

**Direcció General dels Registres i del Notariat**

<b>Data</b>	<b>Referència</b>	<b>Promotors</b>
Resolució 22.06.1995	RJ 1995/6148	No consta
Resolució 24.09.2002	RJ 2003/2453	<i>Y.R.A.</i>
Resolució 05.06.2006	JUR 2007/130356	<i>M. y E.</i>
Resolució 17.04.2008	JUR 2009/388655	<i>V.</i>
Resolució 17.05.2008	JUR/2009/389880	<i>D.</i>
Resolució 22.05.2008	JUR/2009/389849	<i>S. y M.</i>
Resolució 14.10.2008	JUR 2009/443280	<i>V.</i>
Resolució 24.11.2008	JUR/2010/2732	<i>M y M.</i>
Resolució 26.11.2008	RJ/2010/459	<i>C.</i>
Resolució 05.07.2013	JUR/2014/206945	<i>M.E.</i>

Resolució 21.04.2014	JUR/2015/87669	<i>P. y U.</i>
Resolució 25.11.2014	JUR/2015/261443	<i>M-J. G.</i>
Resolució 25.11.2014	JUR/2015/261467	<i>C.C. y M.D.D.</i>
Instrucció 09.11.2015	«BOE» núm. 246, 14.11.2015	-
Resolució 08.02.2017	Original (*) <sup>315</sup>	<i>M.J.</i>

---

<sup>315</sup> (\*) Accessible des de: <http://www.notariosyregistradores.com/web/wp-content/uploads/2017/03/Res-8-Feb-2017-doble-filiacion-materna.pdf>; última visita: 15.05.2017



## VI. BIBLIOGRAFIA

### *a) Llibres i articles doctrinals*

- ALKORTA IDIAKEZ, Itziar, *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2003
- ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, “Doble maternidad. Reclamación de filiación matrimonial por posesión de estado. Maternidad biológica y maternidad por ficción legal: concurrencia y simultaneidad. Comentario a la STS 740/2013, de 5 de diciembre (RJ 2013, 7566), *Rev. Boliv. de derecho*, núm. 18, julio 2014, pp. 378-399
- BARBER CARCAMO, Roncesvalles, “Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, enero-diciembre 2014, p. 93-136. Accessible des de: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=7&IDN=1328&IDA=37097>
- *La filiación en España: Una visión crítica*, Navarra, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2013
- “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *REDUR*, núm. 8, diciembre 2010, pp. 25-37. Accessible des de: <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero8/barber.pdf>
- BENAVENTE MOREDA, Pilar, “Los errores de legislar en paralelo: la problemática aplicación de las reglas sobre filiación (determinación, acciones de reclamación e impugnación) en la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción humana asistida”, Guipuzkoa, *Oñati Socio-legal Series*, v. 7, n. 1 (2017) – *Derechos reproductivos y reproducción asistida. Género, diversidad sexual y familias en plural*, pp. 1-36. Accesible des de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5858038>
- / FARNÓS AMORÓS, Esther, *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Madrid, BOE Ministerio de Justicia, 2015
- “Constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. La garantía institucional del matrimonio y el derecho fundamental a contraerlo (a propósito de la STC de 6 de noviembre de 2012)”, *RJUAM*, núm. 27, 2013-I, p. 327-353
- “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual”, Madrid, *ADC*, tomo LXIV, 2011, fasc. I, pp. 75-123
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Reproducción asistida *post mortem*”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8/2001, p. 1-2. Accessible des de *Aranzadi Thomson Reuters Bibliotecas*, ref. BIB 2001/741

- BLASCO GASCO, Francisco de Paula / MONTÉS PENADÉS, Vicente / ROCA I TRIAS, E. (Coords.), *Derecho de familia*., Valencia, Tirant lo Blanch, 1995
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, t. 5º, v.2º, 2ª. ed.2ª revisada y puesta al día por ROMÁN GARCÍA, A.M, Madrid, Reus S.A., 2005
- COBACHO GÓMEZ, José Antonio (Dir.) / INIESTA DELGADO, Juan José (Coord.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007
- DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Mª Soledad, “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTs de 05.12.2013 y 15.01.2014”, *Indret* 1/2015, enero 2015, pp. 2-35
- DÍAZ MARTINEZ, Ana, “Acción de reclamación de filiación ejercitada por la mujer que no fue la madre gestante: nuevo paso en la doble maternidad derivada de reproducción asistida”, Cizur Menor, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10/2014, p. 1-9. Accesible des de *Aranzadi Thomson Reuters Bibliotecas*, ref. BIB 2014/244
- “La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 21, enero-diciembre 2007, p. 75-129
- (Coord.), *Régimen jurídico privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Madrid, Dykison, 2006
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema (Coord.), *Derecho de familia*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2012
- DÍEZ PICAZO y GULLÓN, Luis, *Sistema de Derecho Civil*, IV, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones, 6º ed., Madrid, Tecnos, 1997, p. 279
- EGEA I FERNÁNDEZ, Joan / FERRER I RIBA, Josep (Dirs.), *Codi Civil de Catalunya i legislació complementària amb notes de concordança i jurisprudència*, Barcelona, Atelier, 2016
- FARNÓS I AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi Civil de Catalunya: família i relacions convivencials d’ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014
- LAMARCA I MARQUÈS, Albert / RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, Covadonga (Coords.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d’Ajuda Mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 440 i 473-474.
- EGEA FERNÁNDEZ, Joan, *Bona fe i honradesa en els tractes en el dret civil de Catalunya*. Discurs d’ingrés de l’acadèmic de núm. II·lm. Sr. Joan Egea Fernández i Contestació de

- l'acadèmica núm. Excma. Sra. Encarna Roca Trías, Barcelona, AJILC, 2011. Accessible des de: [http://ajilc.cat/wp-content/uploads/2015/12/DiscursOS\\_Egea\\_AR.pdf](http://ajilc.cat/wp-content/uploads/2015/12/DiscursOS_Egea_AR.pdf)
- FABAR CARNERO, Alberto, “El consentimiento para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y la doble maternidad legal. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo 740/2013, de 5 de diciembre de 2013”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 15, 2014, pp. 173-201. Accesible des de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4983543>
- FARNOS AMOROS, Esther, “La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología”, *Estudios monográficos, ADC*, tomo LXVIII, 2015, fasc. I, pp. 6-61
- *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Barcelona, Atelier, 2011
- / GARRIGA GORINA, Marina, “¿Madres? Pueden ser más de una. Tres casos recientes de la Supreme Court de California”, *InDret* 4/2005, pp. 1-6. Accessible des de: [http://www.indret.com/pdf/306\\_ca.pdf](http://www.indret.com/pdf/306_ca.pdf)
- FERNÁNDEZ BAQUERO, María Eva, “Definición jurídica de la familia en el derecho romano”, *Revista de derecho UNED*, nº 10, 2012, p. 147-176. Accessible des de: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/download/11094/10622>
- FERRER RIBA, Josep, “Paternidad genética y paz familiar: los límites a la impugnación y a la reclamación de la paternidad”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2006, núm. 3
- FLORES RODRÍGUEZ, Jesús, “Nuevas formas de familia, filiación y técnicas de reproducción asistida”, *Actualidad Civil*, núm. 5, mayo 2014
- GARRIGA GORINA, Margarita, “Atribució de la paternitat al marit de la mare en les tècniques de reproducció assistida. Comentari a la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (Sala Civil i Penal) núm. 26/2007, de 27.09.2007 (MP: Sra. Eugenia Alegret Burgués), *InDret* 1/2008. Accessible des de: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/77877/101732>
- GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *Determinación de la filiación en el código de familia de Cataluña*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003
- HAVINS, Weldon E. / DALESSIO, James J., “The ever-widening gap between the science of artificial reproductive technology and the laws which govern that technology”, 48 *DePaul L. Rev.* 825, 1999, pp. 825-866. Accessible des de: [http://via.library.depaul.edu/law-review/vol48/iss4/2/?utm\\_source=via.library.depaul.edu%2Flaw-review%2Fvol48%2Fiss4%2F2&utm\\_medium=PDF&utm\\_campaign=PDFCoverPage](http://via.library.depaul.edu/law-review/vol48/iss4/2/?utm_source=via.library.depaul.edu%2Flaw-review%2Fvol48%2Fiss4%2F2&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPage)

- HERRERA, Marisa, “Filiación post mortem y voces jurisprudenciales comparadas pseudo progresistas”, *InDret* 1/2007, pp. 1-21
- LACRUZ BERDEJO, José Luis et al., *Elementos de Derecho Civil. IV Familia*, 3ª ed., Madrid, Dykison, 2008
- LAMM, Eleonora, “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 24, enero 2012, pp. 76-91
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco, *La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994
- LINACERO DE LA FUENTE, María (Dir.) et. al., *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, “Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las Técnicas de reproducción asistida” a ABEL LLUCH, X. (Coord), *Cuadernos de derecho judicial: el juez civil ante la investigación biomédica*, Madrid, CGPJ, núm. 10, 2004
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. “Estudio sobre la sistemática del Derecho de familia en los países del *Civil Law* y del *Common Law*: presupuestos metodológicos”, a *Materials de les Vuitenes Jornades de Dret Català a Tossa: 1994*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996
- MONTÉS PENADÉS, Vicente “Primera lectura de la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre técnicas de reproducción asistida”, *La Ley – Legislación*, 1989-2
- NANCLARES VALLE, Javier, “Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza”, Cizur Menor, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7/2008, p. 1-21. Accessible des de *Aranzadi Thomson Reuters Bibliotecas*, ref. BIB 2008/578
- OLIVA GÓMEZ, Eduardo / TAPIA VEGA, Ricardo / JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier / HERNÁNDEZ CASTEL, Erika Nayeli (Coords.), *Temas selectos 4. Hacia el ámbito del derecho familiar*, México, Ediciones Eternos Malabares, 2017, p. 122- 134
- PANIZA FULLANA, Antonia, “Impugnación de la filiación extramatrimonial por la madre biológica contra la madre no gestante”, Cizur Menor, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4/2013, p. 1-5. Accessible des de *Aranzadi Thomson Reuters Bibliotecas*, ref. BIB 2013/1475
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “Técnicas de reproducción asistida y constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 15, mayo-agosto 1993

- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derecho de Familia*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Sección de Publicaciones, 1989
- PÉREZ CONESA, Carmen, “Determinación de filiación extramatrimonial por posesión de estado de mujer homosexual tras la ruptura de relación de pareja con otra mujer, madre biológica del menor nacido mediante técnica de reproducción asistida. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014. Voto particular”, Cizur Menor, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 2/2014, p. 1-4. Accessible des de Aranzadi Thomson Reuters Bibliotecas, ref. BIB 2014/968
- PÉREZ MONGE, Marina, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2002
- PIZARRO MAQUEDA, María José, “Fecundación in vitro, fallecimiento del marido y filiación”, *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 47/2002, p. 1-3. Accessible des de Aranzadi Thomson Reuters Bibliotecas, ref. BIB 2003/181
- QUICIOS MOLINA, María Susana., “¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer que ha dado a luz un hijo concebido utilizando alguna técnica de reproducción asistida? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 95/2014, pp. 609-630
- *Determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento*. Tesis doctoral para la obtención del grado de doctor por la UAM. Director: Dr. Rodrigo Bercovitz y Rodríguez-Cano, Madrid, 1996
- RODRIGUEZ CASTRO, José, “La Ley 35/1988, de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida y el Registro Civil”, *Actualidad Civil*, núm. 3, 1990, p. 743-753
- RODRIGUEZ GUITIAN, Alma María, “La reproducción artificial post mortem en España: estudio ante un nuevo dilema jurídico”, *Rev. Boliv. de derecho*, núm. 20, julio 2015, p. 294 – 323
- *Reproducción artificial post mortem. Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 16-18.
- RIVERO HERÁNDEZ, Francisco, “¿Mater semper certa est? Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español”, *Estudios monográficos, ADC*, 1997, p. 14. Accessible des de: [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-1997-10000500096](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1997-10000500096) ANUARIO DE DERECHO CIVIL %BFMater semper certa est? Problemas de determinaci%F3n de la maternidad en el ordenamiento espa%F1ol

- SALAS CARCELLER, Antonio, “Sobre las relaciones personales entre la compañera sentimental de la madre y el hijo nacido, por inseminación artificial, durante la convivencia more uxorio”, Cizur Menor, *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 823/2011, p. 1-4
- SERRANO ALONSO, Eduardo, “Aspectos de fecundación artificial”, *Actualidad Civil*, vol. I, 1989
- STEPTOE, P.C. / EDWARDS, R.G., “Birth after the reimplantation of a human embryo”, *The Lancet*. Vol. 312, Issue 8085, 1978
- TOMÁS MARTÍNEZ, Gema, “El consentimiento en relación con la doble filiación matrimonial y la práctica del Registro Civil”, *Actualidad civil*, núm. 7, 2010
- VERDERA SERVER, Rafael, *La reforma de la filiación. Su nuevo régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, 2016
- VV.AA., *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (II Congreso Mundial Vasco), Madrid, Trivium, 1988
- ZURITA MARTÍN, Isabel. “Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres”, *La Ley : revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, T. 1, 2006, pp. 1475-1479

**b) Bibliografía web: artículos de prensa i informes <sup>316</sup>**

- CNRHA. MSSSI, Gobierno de España, “Registro de actividades”, Madrid, 2016. Accessible des de: <http://www.cnrha.msssi.gob.es/registros/actividades.htm>
- Council of Europe, CAHBI, *Report on Human Artificial Procreation. Principles set out in the report of the Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences (CAHBI)*, 1989. Accessible des de: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016803113e4>
- FIVCAT.NET. *Estadística de la Reproducció Humana Assistida a Catalunya*, 2013. Barcelona: Direcció General de Planificació i Recerca en Salut; 2016: <http://hdl.handle.net/11351/1857> (accés directe tant a resum de resultats com taules de resultats detallats i metodologia)
- LÓPEZ, Celeste, “Vía libre para la donación de óvulos fecundados entre lesbianas. Dos mujeres podrán participar en la concepción de su hijo. El informe de la Comisión de Reproducción Asistida acaba así con un vacío legal”, *lavanguardia.es*, 16.12.2008. Accessible des de:

---

<sup>316</sup> La última visita a totes les pàgines web aquí esmentades: 20.05.2017

<http://www.lavanguardia.com/vida/20081216/53600403007/via-libre-para-la-donacion-de-ovulos-fecundados-entre-lesbianas.html>

MSSSI, Gobierno de España, Notas de Prensa. “*España, a la cabeza de Europa en tratamientos de reproducción asistida, con 156.865 ciclos en un año*”, Madrid, 8.11.2016. Accessible des de: <https://www.msssi.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?id=4033>

MUÑOZ DE DIOS, Luis F., “La doble maternidad y el artículo 44.5 de la Ley del Registro Civil” a *NotariosyRegistradores.com*. Accessible des de: <http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/la-doble-maternidad-y-el-articulo-44-5-de-la-ley-del-registro-civil/>

OMS, *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida. Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)*, 2010. Accessible des de: [http://www.cnrha.msssi.gob.es/bioetica/pdf/Tecnicas\\_Reproduccion\\_Assistida\\_TRA.pdf](http://www.cnrha.msssi.gob.es/bioetica/pdf/Tecnicas_Reproduccion_Assistida_TRA.pdf)

POCH, Rafael, “Francia autoriza la inseminación post mórtem de una viuda española”, *lavanguardia.es*, 01.06.2016. Accessible des de: <http://www.lavanguardia.com/vida/20160601/402185528956/francia-inseminacion-post-mortem-viuda-espanola.html>

RICOU, Javier, “M’han robat gairebé un any per ser mare”, *lavanguardia.es*, 24.03.2017, pp. 28-29 (edició impresa). També accessible des de: <http://www.lavanguardia.com/encatala/20170324/421132346111/mhan-robot-gairebe-un-any-per-ser-mare.html>

SEF, “Registro Nacional de Actividad 2014- Registro SEF. *Informe estadístico de Técnicas de Reproducción Asistida 2014*”, pp. 1-48. Accessible des de: [https://www.registrosef.com/public/docs/sef2014\\_IAFIV.pdf](https://www.registrosef.com/public/docs/sef2014_IAFIV.pdf)

SEF, “Documents de consentiment”, Madrid, 2016. Accessible des de: <http://www.sefertilidad.net/index.php?seccion=biblioteca&subSeccion=consentimientosCAT>

THE NEW YORK TIMES, “Surrogate has baby conceived in laboratory”, *nytimes.com*, 17.04.1986. Accessible des de: <http://www.nytimes.com/1986/04/17/us/surrogate-has-baby-conceived-in-laboratory.html>

## **AGRAÏMENTS**



Sense la disponibilitat del Dr. Albert Ruda González aquest treball no s'hagués pogut dur a terme. El meu agraïment pel seguiment dut a terme i haver resolt els meus dubtes quan ha estat oportú.

Pel domini especialitzat en la matèria, agraeixo profundament la col·laboració de la Dra. Esther Farnós Amorós, professora de la Universitat Pompeu Fabra, que amb les seves observacions ha contribuït a que el treball pogués seguir endavant.

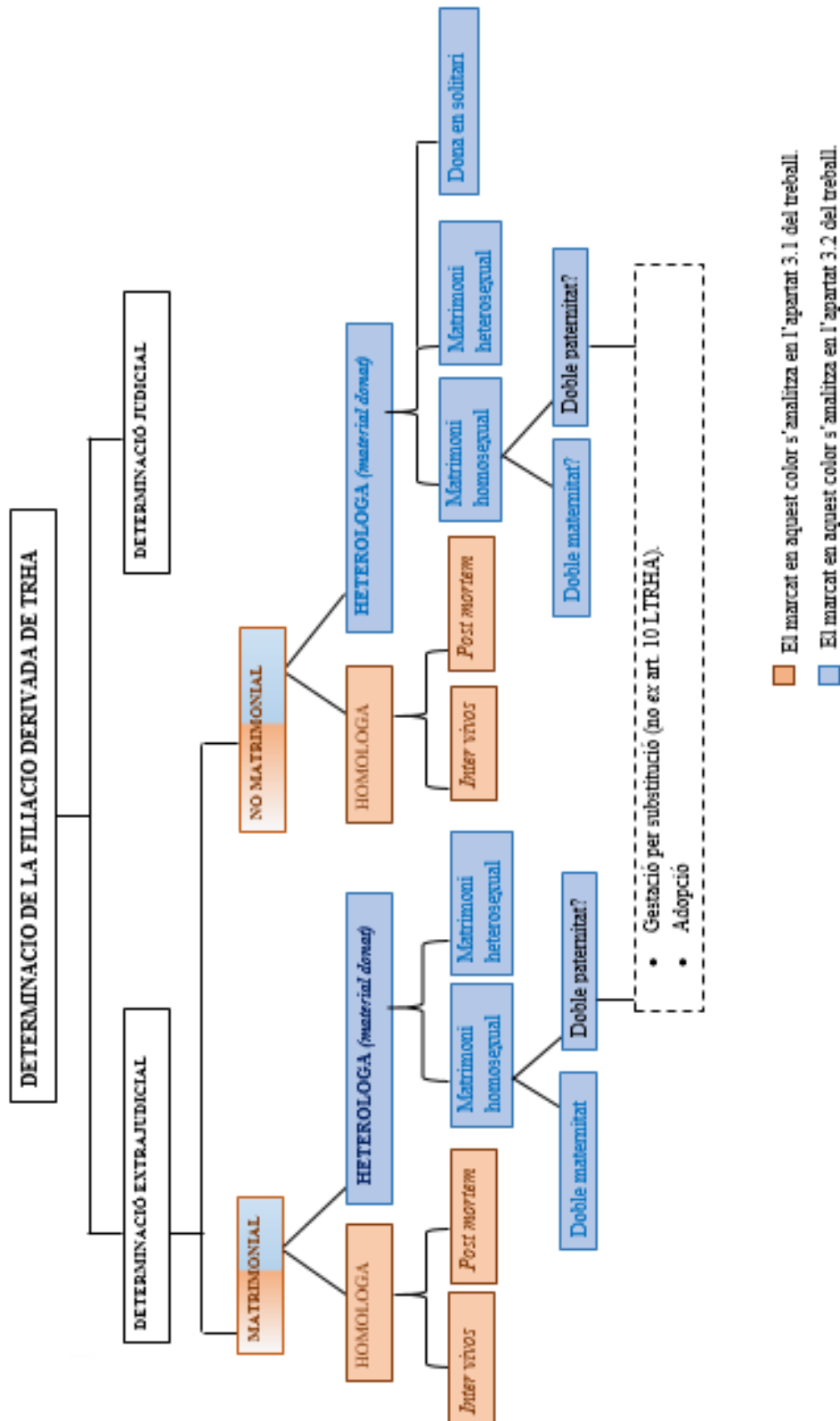
Per l'interès en la matèria estudiada i la seva experiència pràctica com a advocada en exercici, en concret en relació amb la fecundació *post mortem*, dono les gràcies a la Sra. Eva Muñoz Deiros, especialista en tecnologies de la informació i comunicació.

El meu agraïment es fa extensiu a tots aquells professors de la Universitat de Girona amb qui he intercanviat opinions, dubtes i inquietuds. I, sens dubte, a la meva família i amics, pel seu suport i comprensió.



## VII. ANNEXOS

### ANNEX 1 .- Esquema general de les combinacions de determinació de la filiació a les TRA



## ANNEX 2.- Exemples de consentiments informats elaborats per la SEF

### a) IA amb semen de la parella



#### INSEMINACIÓ ARTIFICIAL AMB SEMEN DE LA PARELLA

#### CONSENTIMENT INFORMAT

SOCIETAT ESPANYOLA DE FERTILITAT

Sra. \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_, major d'edat, amb DNI. núm. \_\_\_\_\_, estat civil \_\_\_\_\_, i Sr.  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_, major d'edat, amb DNI. \_\_\_\_\_, estat civil \_\_\_\_\_, i amb domicili a la ciutat  
de \_\_\_\_\_, carrer de \_\_\_\_\_ núm.  
\_\_\_\_\_, CP \_\_\_\_\_ País \_\_\_\_\_, concorrent com a (matrimoni  
/ parella de fet) \_\_\_\_\_

#### I. En què consisteix?

La inseminació artificial consisteix en la introducció dels espermatozoides, prèviament tractats al laboratori, al cervix o a la cavitat uterina de la dona, en el període pròxim a l'ovulació.

#### II.- Quan està indicada?

- Disminució del nombre o de la mobilitat dels espermatozoides, i / o anomalia.
- Dificultat de penetració dels espermatozoides a la cavitat uterina.
- Causa desconeguda d'infertilitat o esterilitat.
- Trastorns ovulatoris.
- Altres causes.

#### III. Procediment

La inseminació artificial es pot dur a terme durant el cicle natural, o després d'un procés d'estimulació ovàrica. La taxa d'embaràs és significativament més gran en els cicles estimulats que en els espontanis.

L'estimulació dels ovaris es realitza mitjançant l'ús de fàrmacs l'acció és similar a la de certes hormones produïdes per la dona. Els medicaments emprats inclouen un prospecte que el pacient ha de consultar, tenint la possibilitat de sol·licitar al personal sanitari del centre qualsevol aclariment respecte d'això. La finalitat d'aquest tractament és obtenir el desenvolupament d'un o diversos fol·licles, a l'interior dels quals hi ha els òvuls.

El procés d'estimulació ovàrica es controla habitualment mitjançant ecografies vaginals que informen del nombre i la mida dels fol·licles en desenvolupament, complementades de vegades amb certes determinacions hormonals. Un cop obtingut el desenvolupament adequat, s'administren altres medicaments per aconseguir la maduració final dels òvuls i programar el moment més adequat per fer la inseminació.

El dia indicat per a la inseminació l'home haurà d'anar a deixar la mostra de semen, que es processarà a fi de seleccionar els espermatozoides de millor qualitat.

Posteriorment, es realitza la introducció d'aquests espermatozoides a l'interior de l'úter mitjançant un catèter fi i flexible; aquest procediment és indolor i no requereix anestèsia ni hospitalització.

Un cop realitzada la inseminació es podrà aconsellar algun tractament hormonal, amb la finalitat d'afavorir-ne la possible gestació.

#### IV. Resultats

#### Firma de les persones interessades

Depenen en gran mesura de l'edat de la dona i de les causes concurrents que han determinat la indicació del tractament. En el Registre de la Societat Espanyola de Fertilitat de 2011 la taxa d'embaràs és del 14% per cicle realitzat.

#### V. Riscos

Els principals riscos d'aquest procediment terapèutic són:

1) **Embaràs múltiple:** És una complicació que suposa riscos físics per a la mare i els fetus, especialment quan la gestació és de més de dos fetus.

2) **Síndrome de hiperestimulació ovàrica:** De vegades, la resposta ovàrica al tractament és excessiva, es desenvolupa un gran nombre de fol·licles augmenta la mida ovàrica. A més, el desenvolupament d'aquests síndrome té relació directa amb l'administració del fàrmac necessari per a la maduració final dels ovòcits (HCG), i la consecució o d'embaràs.

Es classifica en lleu, moderada i severa, sent aquesta última excepcional (menys d'un 2%) i es caracteritza per acumulació de líquid a l'abdomen i fins i tot al tòrax, així com per alteracions de la funció renal i / o hepàtica. En casos crítics es pot associar a insuficiència respiratòria o alteracions de la coagulació.

Pot necessitar hospitalització i tractament mèdic i quirúrgic i només excepcionalment es fa aconsellable la interrupció de l'embaràs.

3) **Embaràs ectòpic:** Consisteix en la implantació de l'embrió fora de l'úter, habitualment en les trompes. Excepcionalment pot coexistir amb un embaràs situat al úter.

4) **Altres riscos** que excepcionalment es poden produir:

- Infecció de l'aparell genital de la dona. En casos extrems, aquesta complicació pot arribar a comprometre la futura fertilitat de la dona.
- Torsió ovàrica, que es manifesta per un quadre agut de dolor pèlvic i el tractament pot ser quirúrgic.
- Riscos específics que es produeixen en el cas d'una dona d'edat avançada: L'edat materna avançada incrementa el risc de complicacions tant de l'embaràs com en la descendència.
- Riscos de transmissió de malalties a la descendència. En els pacients portadors coneguts de trastorns genètics, infecciosos o d'una altra naturalesa, el risc de transmissió d'aquests problemes a la descendència ha de ser avaluat individualment abans del tractament amb inseminació artificial.
- Quan s'aconsegueix una gestació per mitjà de inseminació artificial, el risc de anomalies congènites, malalties hereditàries i de complicacions durant l'embaràs i el part, sembla similar al de la població en general.

5) **Riscos psicològics, derivats de les característiques dels tractaments, períodes d'espera i desconeixement dels resultats:** Poden aparèixer trastorns psicològics com símptomes d'ansietat i símptomes depressius, tant en l'home com en la dona. En alguns casos, poden sorgir dificultats en la relació de parella (sexual i emocional) i nivells elevats d'ansietat en el període d'espera entre l'aplicació de la tècnica i la confirmació de la consecució o no de l'embaràs, així com davant de les fallides repetides de la tècnica.

#### VI. Riscos personalitzats:

Les característiques mèdiques, socials o laborals de cada pacient poden suposar una modificació dels riscos generals o aparició de riscos específics. En aquest cas serien:

#### VII. Informació econòmica (si escau)

Els preus que regeixen en aquest centre es detallen en pressupost adjunt, significat la impossibilitat de concretar prèviament de forma exacta el cost total, a causa que els tractaments varien en cada pacient i, molt especialment, en funció de la resposta a l'estimulació ovàrica de cada dona.

#### VIII. Aspectes legals generals relacionats amb la reproducció assistida

El marc jurídic regulador de la reproducció humana assistida està constituït fonamentalment per la Llei 14/2006 de 26 de maig sobre tècniques de reproducció humana assistida.

Aquestes tècniques tenen com a objectiu principal la solució dels problemes d'esterilitat humana, per facilitar la procreació, quan altres terapèutiques s'hagin descartat per inadequades o ineficaces.

També poden utilitzar-se en la prevenció i tractament de malalties d'origen genètic o hereditari, quan sigui possible recórrer a elles amb prou garanties diagnòstiques i terapèutiques i estiguin estrictament indicades.

Només es poden dur a terme quan hi hagi possibilitats raonables d'èxit i no suposin risc greu per a la salut física o psíquica de la dona o de la possible descendència; i sempre en dones majors d'edat, amb plena capacitat d'obrar, amb independència del seu estat civil i orientació sexual, que han d'haver estat anterior i degudament informades de les seves possibilitats d'èxit, així com dels riscos i de les condicions d'aquesta aplicació.

La dona receptora de les tècniques pot demanar que se suspenguin en qualsevol moment de la seva realització, i s'ha d'atendre la seva petició.

El consentiment de l'home (casat o no), els espermatozoides del qual hauran de ser utilitzats en el tractament, ha de ser prestat amb anterioritat a la utilització de les tècniques, llevat que estiguin separats legalment o de fet i així consti fefaentment.

#### IX. Alternatives davant el fracàs de la tècnica

Si després d'haver realitzat un nombre adequat de cicles d'inseminació artificial (generalment de tres a sis cicles) no s'ha aconseguit l'embaràs, pot ser aconsellable adoptar, després de l'oportuna reflexió, alguna de les següents alternatives:

- Tomar a iniciar el tractament.
- Aprofundir en estudis complementaris.
- Aplicar modificacions a la tècnica utilitzada.
- Indicar altres tractaments de reproducció assistida, com la fecundació in vitro.
- Considerar altres alternatives

#### DECLAREM:

1. Ens ha estat explicat que, per al nostre procés d'esterilitat o infertilitat conjugal o de parella, és convenient realitzar un tractament de inseminació artificial.
2. A la consulta mèdica hem declarat no patir malalties congènites, hereditàries o infeccioses transmissibles que puguin donar lloc a risc greu per a la possible descendència.
3. Segons l'equip mèdic, la indicació ve determinada per \_\_\_\_\_ i

que la tècnica més adequada és la que aquí consentim, anomenada inseminació artificial amb semen de la parella (.....cicles).

4. Hem entès el contingut d'aquesta informació i tingut oportunitat de sol·licitar aclariments addicionals sobre la mateixa.

#### AUTORITZEM

L'aplicació dels procediments de tractament i control necessaris per a ser sotmesos a un procediment d'inseminació artificial amb semen de la parella.

El contingut del present document reflecteix l'estat actual del coneixement, i per tant, és susceptible de modificació en cas que així ho aconsellin noves troballes o avenços científics.

Segons el que estableix la Llei orgànica 15/1999, de protecció de dades de caràcter personal, les seves dades de caràcter personal i sanitari quedaran registrades en un fitxer propietat del centre \_\_\_\_\_, podent ser utilitzats i cedits únicament i exclusivament als efectes de l'actuació encarregada, gaudint dels drets d'accés, rectificació, cancel·lació i oposició. Totes les dades que es deriven del procés quedaran reflectits en la corresponent història clínica, que serà custodiada en les instal·lacions de l'entitat per garantir la seva correcta conservació i recuperació.

\_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

Sgt. El / La Metge / a (Col·l.) Signatura pacient signatura parella

ANNEX per a la REVOCACIÓ del consentiment

Sra. / Sr. _____, major d'edat, provéida / o de DNI / passaport núm. _____ i domicili al carrer / plaça _____ de _____, en aquest acte sol·licito la REVOCACIÓ de l'aplicació de la tècnica de reproducció assistida a la qual m'estic sotmetent.			
Nom	i	cognoms	del _____ metge
Signatura del metge: _____			
Signatura de les persones interessades _____			

## b) IA amb semen de donant



### INSEMINACIÓ ARTIFICIAL AMB SEMEN DE DONANT

#### CONSENTIMENT INFORMAT

SOCIETAT ESPANYOLA DE FERTILITAT

Sra. \_\_\_\_\_  
major d'edat, amb DNI. n.º \_\_\_\_\_, estat civil \_\_\_\_\_, i Sr.  
\_\_\_\_\_  
major d'edat, amb DNI. \_\_\_\_\_, estat civil \_\_\_\_\_, i amb domicili a la ciutat  
de \_\_\_\_\_, carrer \_\_\_\_\_ n.º \_\_\_\_\_.  
CP \_\_\_\_\_ País \_\_\_\_\_, concurrent com a (matrimoni  
/ parella de fet / dona sense parella) \_\_\_\_\_

#### I. En què consisteix?

Aquesta tècnica consisteix en la introducció del semen de donant, prèviament tractat al laboratori, al cervix a la cavitat uterina de la dona durant el període pròxim a l'ovulació. Aquest semen haurà estat facilitat per un banc legalment autoritzat.

#### II. Quan està indicada?

- Azoospermia o absència completa d'espermatozoides en el semen.
- Disminució severa del nombre o de la mobilitat dels espermatozoides presents en el semen, després de fracàs de la fecundació in vitro.
- No acceptació de la fecundació in vitro.
- Certes alteracions cromosòmiques o genètiques.
- Risc de transmissió d'un altre tipus de patologia.
- Dones soles.
- Altres causes.....

#### III. Procediment

La inseminació artificial es pot dur a terme durant el cicle natural, o després d'un procés d'estimulació ovàrica. L'estimulació dels ovaris es realitza mitjançant l'ús de fàrmacs l'acció és similar a la de certes hormones produïdes per la dona. Els medicaments emprats indueixen un prospecte que el pacient ha de consultar, tenint la possibilitat de sol·licitar al personal sanitari del centre qualsevol aclariment respecte d'això. La finalitat d'aquest tractament és obtenir el desenvolupament d'un o diversos fol·licles, a l'interior dels quals hi ha els òvuls.

El procés d'estimulació ovàrica es controla habitualment mitjançant ecografies vaginals que informen del nombre i mida dels fol·licles en desenvolupament, complementades de vegades amb certes determinacions hormonals. Un cop obtingut el desenvolupament adequat, s'administren altres medicaments per aconseguir la maduració final dels òvuls i programar el moment més adequat per fer la inseminació.

El dia indicat per a la inseminació, la mostra seminal procedent del banc es processarà per tal de seleccionar els espermatozoides de millor qualitat.

Posteriorment, es realitza la introducció d'aquests espermatozoides a l'interior de l'úter mitjançant un catèter fi i flexible; aquest procediment és indolor i no requereix anestèsia ni hospitalització.

Un cop realitzada la inseminació es podrà aconsellar algun tractament hormonal, amb la finalitat d'afavorir la possible gestació.

#### IV. Resultats

Depenen en gran mesura de l'edat de la dona i de l'existència de causes addicionals d'esterilitat. En el Registre de la Societat Espanyola de Fertilitat de 2011, la taxa d'embarassos és del 20,3% per cicle realitzat.

#### V. Riscos

Els principals riscos d'aquest procediment terapèutic són:

1. **Embaràs múltiple:** És una complicació greu, que suposa riscos físics per a la mare i els fetus, especialment quan la gestació és de més de dos fetus.
2. **Síndrome d'heperestimulació ovàrica:** De vegades, la resposta ovàrica al tractament és excessiva, es desenvolupa un gran nombre de fol·licles, augmenta la mida ovàrica. A més, el desenvolupament d'aquesta síndrome té relació directa amb l'administració del fàrmac necessari per a la maduració final dels ovòcits (HCG) i la consecució d'embaràs.

Es classifica en lleu, moderada i severa, sent aquesta última excepcional (menys d'un 2%) i es caracteritza per acumulació de líquid a l'abdomen i fins i tot al tòrax, així com per alteracions de la funció renal i / o hepàtica. En casos crítics es pot associar a insuficiència respiratòria o alteracions de la coagulació.

Pot necessitar hospitalització i tractament mèdic i quirúrgic i només excepcionalment es fa aconsellable la interrupció de l'embaràs.

3. **Embaràs ectòpic:** Consisteix en la implantació de l'embrió fora de l'úter, habitualment en les trompes. Excepcionalment pot coexistir amb un embaràs situat a l'úter.

4. **Altres riscos** que excepcionalment es poden produir:

- Infecció de l'aparell genital de la dona. En casos extrems, aquesta complicació pot arribar a comprometre la futura fertilitat de la dona.
- Torsió ovàrica, que es manifesta per un quadre agut de dolor pèlvic i el tractament pot ser quirúrgic.
- Riscos específics que es produeixen en el cas d'una dona d'edat avançada: L'edat materna avançada incrementa el risc de complicacions tant de l'embaràs com en la descendència.
- Riscos de transmissió de malalties a la descendència: En els pacients portadors coneguts de trastorns genètics, infecciosos o d'una altra naturalesa, el risc de transmissió d'aquests problemes a la descendència ha de ser avaluat individualment abans del tractament amb inseminació artificial.
- Quan s'aconsegueix una gestació per mitjà de inseminació artificial, el risc de anomalies congènites, malalties hereditàries i de complicacions durant l'embaràs i el part, sembla similar al de la població en general.

5. **Riscos psicològics:** Poden aparèixer trastorns psicològics com símptomes d'ansietat i símptomes depressius, tant en l'home com en la dona. En alguns casos,

confidencialitat, i d'acord amb la normativa i de protecció de dades vigent, les dades dels donants i receptores.

#### IX. Alternatives davant el fracàs de la tècnica

Si després d'haver realitzat un nombre adequat de cicles d'inseminació artificial (generalment de tres a sis cicles) no s'ha aconseguit l'embaràs, pot ser aconsellable adoptar, després de l'oportuna reflexió, alguna de les següents alternatives:

- Tomar a iniciar el tractament.
- Aprofundir en estudis complementaris.
- Aplicar modificacions a la tècnica utilitzada.
- Indicar altres tractaments de reproducció assistida, com la fecundació in vitro.
- Considerar altres alternatives

DECLARO / DECLAREM:

1. M' / ens ha estat explicat que, pel meu / nostre procés d'esterilitat o infertilitat conjugal o de parella, és convenient realitzar un tractament de inseminació artificial amb semen de donant, o que aquest cal per la meua condició de dona sola .
2. A la consulta mèdica he / hem declarat no patir malalties congènites, hereditàries o infeccioses transmissibles que puguin donar lloc a risc greu per a la possible descendència.
3. Segons l'equip mèdic, la indicació ve determinada per \_\_\_\_\_ i que la tècnica més adequada és la que aquí consento /consentim, denominada inseminació artificial amb semen de donant (.....cicles).
4. He / Hem entès el contingut d'aquesta informació i tingut oportunitat de sol·licitar aclariments addicionals sobre la mateixa.

#### AUTORITZO / AUTORITZEM,

A l'aplicació dels procediments de tractament i control necessaris per a ser sotmesa / sotmesos a un procediment d'inseminació artificial amb semen de donant.

*El contingut del present document reflecteix l'estat actual del coneixement, i per tant, és susceptible de modificació en cas que així ho aconsellin noves troballes o avenços científics.*

*Segons el que estableix la Llei orgànica 15/1999, de protecció de dades de caràcter personal, les seves dades de caràcter personal i sanitari quedaran registrades en un fitxer propietat del centre \_\_\_\_\_, podent ser utilitzats i cedits únicament i exclusivament als efectes de l'actuació encarregada, gaudint dels drets d'accés, rectificació, cancel·lació i oposició. Totes les dades que es deriven del procés quedaran reflectits en la corresponent història clínica, que serà custodiada en les instal·lacions de l'entitat per garantir la seva correcta conservació i recuperació.*

\_\_ a \_\_ de \_\_ de \_\_

Sgt. El / la metge / a (Col·l.) signatura pacient signatura parella

ANNEX per a la REVOCACIÓ del consentiment

Sr. / Sra. _____, major d'edat, amb DNI / passaport núm. _____ i domicili al carrer / plaça _____ de _____, en aquest acte sol·licito la REVOCACIÓ de l'aplicació de la tècnica de reproducció assistida a la qual m'estic sotmetent.
Sgt. Nom i cognoms _____
Signatura del metge:
Signatura de les persones interessades